K11 7/12

К II 2/12

Ф. К. Савиньи.

ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ПРАВО.

959

ПЕРЕВЕЛИ СЪ НѢМЕЦКАГО

В. Фуксъ и Н. Манаро.

МОСКВА.
Типографія А. В. Кудрявцевой, Софійская набер. д. Котельниковой № 2.
1876.

К 11 7/12

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Отъ переводчиковъ . . . . . V--XXXI
Предисловіе автора 1
§ 1. Введеніе 3

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Природа обязательствъ.

§ 2. I. Понятіе объ обязательствѣ 5
§ 3. Продолженіе. Техническія выраженія 9
§ 4. Продолженіе. Аналогіи 12
§ 5. II. Виды обязательствъ. Civilis и naturalis obligatio. Понятіе 17
§ 6. Продолженіе 21
§ 7. Продолженіе 25
§ 8. Дѣйствіе naturalis obligationis 32
§ 9. Civilis и naturalis obligatio. Частные случаи naturalis . 37
§ 10. Продолженіе 42
§ 11. Продолженіе 57
§ 12. Продолженіе 72
§ 13. Продолженіе 78
§ 14. Civilis и naturalis obligatio. Дѣйствующее право . . . 88
§ 15. III. Лица въ обязательствѣ. А. Опредѣленіе лицъ . . . 93
§ 16. Лица въ обязательствѣ. В. Корреальное обязательство. Введеніе 96
§ 17. Лица въ обязательствѣ. В. Корреальное обязательство. Источники происхожденія 101
§ 18. Лица въ обязательствѣ. Корреальное обязательство. — Слѣдствія 111
§ 19. Продолженіе 125

959
БИБЛИОТЕКА
Государ. Б-ка
№ 273198
193 г.

§ 20. Лица въ обязательствѣ. В. Обязательство корреальное Случаи не настоящей корреальности 137
§ 21. Продолженіе 145
§ 22. Лица въ обязательствѣ. В. Корреальное обязательство. Практическое значеніе этого института 149
§ 23. Лица въ обязательствѣ. В. Корреальный долгъ.—Регрессъ. (Послѣдующій разсчетъ). 156
§ 24. Продолженіе 173
§ 25. Продолженіе 185
§ 26. Лица въ обязательствѣ.—В. Корреальное обязательство. Новелла 99 192
§ 27. Лица въ обязательствѣ. В. Обязательство корреальное. Дѣйствующее право. 197
§ 28. IV. Объектъ обязательства. Удовлетвореніе положительное, отрицательное, одновременное, длящееся 203
§ 29. Объектъ обязательства. Дѣлимое и недѣлимое удовлетвореніе 209
§ 30. Продолженіе 213
§ 31. Продолженіе 220
§ 32. Продолженіе 226
§ 33. Продолженіе 239
§ 34. Продолженіе 244
§ 35. Продолженіе 253
§ 36. Продолженіе 257
§ 37. Объектъ обязательства. Возможное и невозможное удовлетвореніе 261
§ 38. Объектъ обязательства. Удовлетвореніе опредѣленное и неопределенное. Альтернативное 265
§ 39. Объектъ обязательства. Удовлетвореніе опредѣленное и неопредѣленное. Генерическое обязательство. Квантитеты. 274
§ 40. Объектъ обязательства. Опредѣленное и неопредѣленное удовлетвореніе. Деньги. Понятіе и виды. 277
§ 41. Объектъ обязательства. Удовлетвореніе опредѣленное и неопределенное. Деньги. Различныя цѣны. 290
§ 42. Объектъ обязательства. Удовлетвореніе опредѣленное и

неопредѣленное. Деньги. Юридическія нормы 302
§ 43. Продолженіе 317
§ 44. Объектъ обязательства. Удовлетвореніе опредѣленное и неопредѣленное. Деньги. Сужденія Римлянъ 321
§ 45. Объектъ обязательства. Удовлетвореніе опредѣленное и неопредѣленное. Литература 326
§ 46. Объектъ обязательства. Удовлетвореніе опредѣленное и неопредѣленное. Деньги.—Прусское Право 330
§ 47. Объектъ обязательства. Удовлетвореніе опредѣленное и неопредѣленное. Деньги. Французское право 341
§ 48. Объектъ обязательства. Удовлетвореніе опредѣленное и неопредѣленное. Деньги. Австрійское право 346
§ 49. Объектъ обязательства. Мѣсто удовлетворенія 348
§ 50. Объектъ обязательства. Время удовлетворенія 353

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Источники происхожденія обязательствъ.

§ 51. Введеніе 356
§ 52. I. Договоръ. A. Понятіе и виды 360
§ 53. Договоръ. B. Лица. Введеніе 366
§ 54. Договоръ. Лица. Представительство 369
§ 55. Продолженіе 379
§ 56. Продолженіе 382
§ 57. Продолженіе 392
§ 58. Продолженіе 402
§ 59. Продолженіе 406
§ 60. Продолженіе 413
§ 61. Договоръ. Лица. Неопредѣленное лицо 416
§ 62. Договоръ. Лица. Бумаги на предъявителя 419
§ 63. Продолженіе 424
§ 64. Продолженіе 429
§ 65. Продолженіе 437
§ 66. Продолженіе 443
§ 67. Продолженіе. Передача. Виндикація 448

§ 68. Продолженіе. Прусское право 456
§ 69. Продолженіе. Амортизація. 479
§ 70. Продолженіе. 479
§ 71. Договоръ. С. Заключеніе.—Толкованіе 481
§ 72. Договоръ. Д. Послѣдствія. Нормальныя дѣйствія. . . 487
§ 73. Продолженіе. 493
§ 74. Продолженіе. 501
§ 75. Продолженіе. 505
§ 76. Договоръ. Нормальныя послѣдствія. Дѣйствующее право. 511
§ 77. Продолженіе. 516
§ 78. Продолженіе. 523
§ 79. Договоръ. Послѣдствія. Усиленное послѣдствіе . . . 534
§ 80. Продолженіе. 538
§ 81. Договоръ. Послѣдствіе. Ослабленное послѣдствіе . . . 546
§ 82. II. Деликтъ. А. Понятіе и виды этого обязательства . 552
§ 83. Деликтъ. В. Гражданскій штрафъ 557
§ 84. Деликтъ. Гражданскій штрафъ. Дѣйствующее право . 566
§ 85. III. Variae causarum figurae 578

ОТЪ ПЕРЕВОДЧИКОВЪ.

Первый съѣздъ русскихъ юристовъ по обсужденіи перваго реферата, предложеннаго предсѣдателемъ Николаемъ Васильевичемъ Калачевымъ, объ отношеніи обычнаго права къ законодательству, пришелъ къ заключенію, что необходимо наши народные юридическіе обычаи, поддерживаемые въ крестьянской практикѣ съ незапамятной древности, привести въ извѣстность съ тѣми соображеніями, которыми они были вызваны къ жизни, и за тѣми изъ нихъ, которые окажутся соотвѣтствующими практическимъ потребностямъ, признать значеніе источниковъ права.

Въ заключительномъ словѣ Г. Калачевъ заявилъ, чтъ съѣздъ въ мотивахъ къ этой резолюціи не высказалъ ничего новаго, а только утвердилъ своимъ заключеніемъ великія начала исторической школы, указанныя знаменитымъ ея основателемъ Савиньи. Такимъ образомъ на первомъ же собраніи нашихъ юристовъ практиковъ и теоретиковъ было провозглашено великое имя Савиньи и связано съ нимъ самое важное заключеніе этого собранія. Между тѣмъ до послѣдняго времени ни одно изъ твореній извѣстнаго ученаго не переведено еще на русскій языкъ. Пополнить этотъ пробѣлъ въ нашей юридической литературѣ и имѣли въ виду переводчики настоящаго сочиненія, которое давнымъ давно переведено на французскій языкъ и уже съ 1863 года выдержало два изданія; остановились же мы на Obligationenrecht потому, что это сочиненіе, за исключеніемъ перваго труда Савиньи Recht des Besitzes по своему объему всего доступнѣе для перевода, а по содержанію представляется для насъ русскихъ болѣе близкимъ, такъ какъ обязательства являются наиболѣе космополитическимъ отдѣломъ правовой системы.

Вмѣстѣ съ тѣмъ мы нашли необходимымъ для болѣе наглядnаго ознакомленія русскихъ читателей съ великимъ германскимъ свѣтиломъ представить краткій очеркъ его дѣятельности и ученыхъ подвиговъ. При составленіи этого очерка намъ служили пособіями слѣдующія сочиненія:

Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland. A. F. J. Thibaut. Heidelberg. 1814.—Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft von Dr. F. C. von Savigny. Heidelberg. 1840.—Ueber die sogenante historische und nicht-historische Rechtsschule vou A. F. J. Thibaut Hidelberg. 1838·— F. C. von Savigny. Ein Beitrag zu seiner Würdigung von Dr. R. Stintzing. Berlin. 1862 г.—Pernice. Savigny. Stahl.—Berlin. 1862.—Notice sur la vie et les oeuvres de Frederie—Charles de Savigny.—Essai sur la viet les doctrines de Frederic Charles de Savigny par Edouard Laboulaye. Paris. 1842.—Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen. Von Dr. Bluntschli. Zurich 1862.—L'ecole historique en Allemagne par S. Vainberg. Paris. 1869.—Friedrich Carl von Savigny. Erinnerung an zein Wesen und Wirken. A. F. Rudorff. Weimar 1862.—Савиньи и его отношеніе къ современной юриспруденціи—Кенига. Русскій Вѣстникъ за 1863 г. № 4. Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutchen Privatrechts. Von Gerber und Jhering. Jena 1861. т. 5 стр. 354—377.

Ф. К. Савиньи родился 21 Февраля н. с. 1779 г. въ Франкфуртѣ на Майнѣ. Предки его были родомъ изъ Верхней Лотарингіи и происходили по прямой линіи отъ графовъ Меца, Люнебурга и Даксбурга. Помѣстья ихъ, называвшіяся по фамиліи—Савиньи, находились въ округѣ Шармъ, въ бассейнѣ Мозеля, на лѣвомъ берегу Медона, при впаденіи въ него рѣчки Калоны. Въ сосѣдней цистерціанской церкви Бопре при Мертѣ и теперь еще существуетъ надгробный камень, относящійся къ 1353 г., который гласитъ, что съ этого года родъ сталъ именоваться по вышеупомянутому помѣстью, но это извѣстіе не вѣрно, такъ какъуже въ 1312 г. императоръ Генрихъ III Люксембургскій во время римскаго похода назначилъ капитаномъ г. Рима и предводителемъ перуджіан-

скихъ вспомогательныхъ войскъ опытнаго и храбраго бургундскаго рыцаря Іоанна Савиньи. Кромѣ того извѣстенъ еще болѣе знаменитый Андрей Савиньи, сражавшійся въ 1191 и 1192 гг. рядомъ съ Ричардомъ противъ Саладина и первый водрузившій знамя крестоносцевъ на валахъ Дарума. Въ Лотарингіи родъ Савиньи пользовался большимъ значеніемъ; члены его владѣли богатыми имѣніями и занимали высшія государственныя и церковныя должности. Въ 1630 г. вслѣдствіе возбужденныхъ противъ протестантовъ преслѣдованій графъ Филиппъ Мейнингенъ—Вейстербургъ вывезъ восьмилѣтняго Павла Савиньи изъ г. Меца въ Германію, гдѣ воспиталъ его съ своимъ сыномъ и впослѣдствіи передалъ ему во владѣніе маленькую крѣпость на границахъ нѣмецкихъ владѣній. Въ Лотарингіи родъ Савиньи сталъ считаться угасшимъ и богатыя его помѣстья перешли къ Басомпіеррамъ и Шуазелямъ.

Въ 1791 году Ф. Савиньи потерялъ отца, а въ слѣдующемъ году мать, и заботы о немъ принялъ на себя, какъ опекунъ, старый другъ его отца, ассесоръ имперскаго каммергерихта въ Вецларѣ Нейратъ.

Когда Савиньи достигнулъ 15 лѣтъ, то Нейратъ, считавшійся однимъ изъ знатоковъ публичнаго права, самъ прочелъ ему и своему сыну курсъ, обнимавшій право положительное и отвлеченное, а именно естественное, международное, римское, государственное. Все это нужно было изучать по огромнымъ тетрадямъ, по господствовавшему тогда аксіомо-математическому методу, въ формѣ вопросовъ и отвѣтовъ.—Едва имѣя 16 лѣтъ, Савиньи вступилъ въ университетъ въ Марбургѣ, гдѣ лѣтомъ 1795 г. слушалъ курсъ пандектъ Еркслебена, а зимой такой же курсъ Вейса. Хотя послѣдній и не пріобрѣлъ громкой славы въ юридической литературѣ, но имя его навсегда останется памятнымъ, такъ какъ онъ сумѣлъ возбудить въ Савиньи любовь къ римскому праву и далъ ему мысль къ великому его творенію—Исторіи римскаго права въ средніе вѣка. Въ Марбургѣ Савиньи слушалъ еще курсъ гражданскаго германскаго права Бауера и гражданскаго судопроизводства Еркслебена и Роберта. Въ слѣдующемъ году онъ отправился въ Гёттингенъ, гдѣ, впрочемъ, ограничился только посѣщеніемъ курсовъ Шпиттлера, такъ какъ феодальное право Рунда наводило на него скуку, а

курсъ государственаго германскаго права Пюттера показался ему смѣшнымъ. Послѣ многихъ путешествій по Германіи Савиньи возвратился въ Марбургъ, гдѣ 31 октября 1800 получилъ степень доктора правъ. Диссертація его была написана на тему: De concursu delictorum formali, и лекціями по уголовному праву, въ зимній семестръ 1800 года, началъ Савиньи свою блестящую профессорскую дѣятельность, продолжавшуюся почти безъ перерыва до 1842 года. Но уголовнымъ правомъ онъ занимался только одинъ годъ и затѣмъ обратился къ римскому, которое и преподавалъ въ Марбургѣ до конца 1804. Относительно способностей Савиньи къ преподаванію за это время мы имѣемъ свидѣтельство одного изъ его учениковъ Якова Гримма. „Я не знаю—пишетъ послѣдній—преподаванія, которое бы меня очаровывало болѣе чтеній Савиньи. Мнѣ кажется, что слушателей его въ особенности привлекали и плѣняли свобода и живость слова, сопровождаемыя замѣчательнымъ спокойствіемъ и достоинствомъ. Ораторскіе таланты ослѣпляютъ на время, но непривязываютъ. Савиньи рѣдко справлялся съ своими замѣтками и говорилъ много; но его слово было всегда понятно, убѣжденіе всегда искренно,—и въ тоже время нѣкоторый родъ сдержанности и умѣренности въ языкѣ производили такое впечатлѣніе, которое не въ состояніи произвести самое увлекательное краснорѣчіе; все въ немъ споспѣшествовало дѣйствію, производимому его словомъ“. Чтобъ понять чувство, руководившее Савиньи въ его призваніи, и направленіе, которое онъ старался дать профессурѣ, всего лучше обратиться къ его собственнымъ словамъ. „Для своихъ слушателей, писалъ онъ, профессоръ долженъ быть живой наукой. Свои познанія, пріобрѣтаемыя медленно и съ большими усиліями, онъ долженъ передавать такъ живо, какъ будто, знаніе раскрывалось ему внезапно. Заставляя слушателей присутствовать какъ бы при самомъ зарожденіи мыслей, онъ пробуждаетъ въ нихъ творческую силу. Тогда они пріобрѣтаютъ не только познанія, а участвуютъ еще въ научномъ трудѣ, который совершается на ихъ глазахъ. Наблюдая себѣ подобныхъ, мы часто видимъ, что нѣкоторые факты или идеи приводятъ насъ къ убѣжденію, не производя однако прочнаго впечатлѣнія. Иногда же, напротивъ, духъ овладѣваетъ этими самыми идеями и усвои-

ваетъ ихъ вполнѣ. Счастливые результаты, зависящіе то отъ благопріятнаго настроенія читателя, то отъ талантливаго писателя, всегда будутъ имѣть мѣсто при хорошемъ устномъ преподаваніи. Вліяніе устнаго преподаванія чувствуется во всякое время; но насколько живѣе оно дѣйствуетъ при началѣ нашей научной карьеры, когда юношеская воспріимчивотть усиливается сочувственнымъ возбужденіемъ многочисленной аудиторіи! Вотъ что говоритъ за университеты и за ихъ необходимость. Къ нимъ можно примѣнить то, что великій писатель (Heine) сказалъ по другому случаю: „читать, это злоупотреблять языкомъ; уединенное чтеніе только вполовину замѣняетъ разговоръ; только своей личностью человѣкъ дѣйствуетъ на человѣка; юность дѣйствуетъ на юность и сообщаетъ ей самыя сильныя и чистыя стремленія. Вотъ что сохраняетъ въ мірѣ жизнь и физическую и моральную!“ (1)

Эти мысли, чувства и направленіе Савиньи не измѣнилъ во всю свою жизнь, какъ мы увидимъ ниже, и какъ объ этомъ свидѣтельствуетъ Лабуле, слушавшій Савиньи въ 30-хъ годахъ. Онъ говоритъ: „что особенно меня поразило въ лекціяхъ Савиньи, это—живость и теплота въ курсѣ, который онъ повторялъ двадцать пятый разъ. Его лекціи представляютъ каждый годъ новый интересъ, такъ какъ каждый годъ въ нихъ можнайти результаты новыхъ занятій, недавнія открытія и послѣднее состояніе науки. Савиньи самымъ живымъ образомъ относится къ интересу, возбуждаемому имъ въ многочисленной аудиторіи, и послѣдній заставляетъ его посвящать лекціямъ время, которое онъ все цѣло долженъ былъ бы отдать другимъ занятіямъ. Его богатая и ясная рѣчь такъ хорошо освѣщаетъ самые темные отдѣлы, что его слушатели догадываются о трудности ихъ уже позднѣе, когда самимъ приходится искать разрѣшеній, впослѣдствіи отъ нихъ ускользнувшихъ. Его метода особенно замѣчательна, когда случай приводитъ его, по поводу контроверзъ, излагать новыя ученія: тогда его слово еще проще и серьезнѣе, выражаетъ глубокое убѣжденіе смѣшанное съ величайшей скромностью, и рѣзко разнится отъ пріемовъ тѣхъ профессоровъ, которые

(1) Historisch-politische Zeitschrift, herausgegeben von Leop. Ranke т. 1 стр. 569.

для склоненія аудиторіи въ пользу своихъ взглядовъ прибѣгаютъ ко всѣмъ искусственнымъ уловкамъ адвоката, точно дѣло идетъ о какой—нибудь тяжбѣ, и превращаютъ научный вопросъ въ вопросъ личностей и самолюбія (1).“

Для полнаго уясненія послѣдующей дѣятельности Савиньи и его значенія необходимо сказать нѣсколько словъ о состояніи науки и преподаваніи права во время, предшествовавшее его появленію.

Послѣ эпохи возрожденія, въ XVII столѣтіи въ наукѣ получили господство два направленія: одно возникло въ Германіи, другое—въ Голландіи. Въ Германіи Томазій, ставшій изъ философа юристомъ, задумалъ осуществить въ правоводѣніи туже реформу, какую Декартъ совершилъ въ другихъ областяхъ человѣческаго знанія. Порѣшивши съ идеями своего времени, Томазій устранилъ все, чтобъ дать наукѣ чисто философское основаніе и тѣмъ заразъ избавить ее отъ вліянія и исторіи, и теологіи. Изгнанный изъ Лейпцига, онъ перешелъ въ Галль, гдѣ и открылъ свои лекціи по естественному праву, болѣе столѣтія господствовавшему въ Германіи. Въ Голландіи же утвердились преданія французской школы, но преимущественно съ литературнымъ оттѣнкомъ. Представители голландской школы отличались изысканнымъ вкусомъ, чистотой латинскаго языка, глубокимъ знаніемъ классической древности, но были скорѣе филологи, чѣмъ юристы. Читая ихъ сочиненія, можно подумать, что главная сущность римскаго права, занимавшаго ихъ исключительно, состояла въ объясненіи Плавта, Горація или Цицерона. Корифеями этой литературной школы были Ноотъ, Бинкерсхокъ, Шултингъ, Отто, Рейске, самымъ же первымъ Гейнекцій, изложившій Пандекты по математическому методу въ аксіомахъ. Трудъ Гейнекція получилъ громадное значеніе и на него было написано множество комментаріевъ и объясненій.

Но ученость голландской школы, называвшейся школой „изящной юриспруденціи,“ имѣла характеръ безжизненнаго клада, которымъ могъ довольствоваться и блистать только его обладатель. О необходимомъ историко-критическомъ направленіи

---

(1) Notice.... стр. 7.

здѣсь не было и рѣчи. Въ теоріи и практикѣ господствовалъ, такъ наз. Usus modernus Pandectarum, т. е. тоже самое, что въ Германіи разумѣется теперь подъ дѣйствующимъ римскимъ правомъ; но вмѣсто точнаго и нагляднаго выясненія и отдѣленія юстиніановскаго права отъ дѣйствовавшаго тогда римскаго, Usus modernus совмѣщалъ въ себѣ цѣлый хаосъ положеній, заимствованыхъ изъ римскаго, каноническаго, древне-германскаго правъ и новыхъ мѣстныхъ и имперскихъ законовъ. Такимъ образомъ ни одно правовое понятіе не проявлялось въ своемъ первоначальномъ видѣ и оставалась совершено неизвѣстнымъ, почему и какъ оно видоизмѣнилось или видоизмѣнило другія. Наконецъ на все это набрысывалась схема, заимствованная изъ естественнаго права. Весьма остроумный практикъ Іоганнъ Шлоссеръ говоритъ про это время (1790) слѣдующее: „юристы совмѣстили въ своихъ головахъ римскіе, каноническіе и статуарные законы, разныя Responsa, Consilia, мнѣнія, тезисы и примѣняютъ ихъ ко всѣмъ случаямъ, подходятъ-ли они къ нимъ или нѣтъ.“

Гуго, первый вмѣстѣ съ Мозеромъ, сознавшій всю несостоятельность подобнаго порядка вещей, писалъ въ 1789 г.: „историческія изслѣдованія въ государственномъ правѣ, болѣе либеральные взгляды въ естественномъ, гуманность въ уголовныхъ наказаніяхъ и возможно мягкія начала въ международныхъ сношеніяхъ безспорно и въ послѣдующія времена будутъ считаться заслугами XVIII в.; но, спрашиваетъ онъ, истинное правовѣденіе, тотъ отдѣлъ, гдѣ историки, философы и государственные люди значатъ столько же, сколько и юристы, тотъ отдѣлъ, которымъ занимается большая часть послѣднихъ — гражданское право—подвинулось ли впродолженіи 50 лѣтъ на столько, на сколько потомство вправѣ отъ насъ требовать, соображая наши вспомогательныя средства?“ (1)

Въ своемъ журналѣ основанномъ въ 1790 г. Гуго прямо заявлялъ, что „изученіе гражданскаго права вообще, впродолженіи 50 лѣтъ, не сдѣлало никакихъ успѣховъ и напротивъ даже отступило назадъ“ (2).

---

(1) Gött. Anz. 1789, стр. 1111.

(2) Civ. Magaz. т. 1 стр. 10.

Университетское преподаваніе состояло въ систематическомъ изложеніи естественнаго права, затѣмъ права римскаго, германскаго, публичнаго, безъ всякаго внутренняго единства, только съ незначительными историческими и филологическими подробностями; объ ознакомленіи съ источниками не было и рѣчи. Гуго, первый явился провозвѣстникомъ другаго, болѣе правильнаго метода въ обработкѣ гражданскаго права, именно историко-систематическаго. Онъ объявилъ при началѣ изданія своего журнала, что „будетъ говорить объ этомъ методѣ такъ часто и такъ громко, какъ только ему позволятъ силы.“ Переводя слова въ дѣло, онъ обратилъ свою критику противъ двухъ ученыхъ, считавшихся самыми главными и блестящими представителями господствовавшаго направленія, именно противъ Гёпфнера и Глюка. Гёпфнеръ издалъ въ 1783 г. комментарій къ институціямъ Гейнекція, ставшій въ Германіи наиболѣе распространеннымъ учебникомъ. Гуго подвергнулъ критикѣ нѣкоторые отдѣлы этого труда, въ которыхъ проводились бывшіе тогда въ ходу взгляды, и положительною несостоятельностью ихъ доказалъ, къ какимъ заблужденіямъ можетъ повести методъ, упускающій изъ виду особенности трактуемаго предмета; всего яснѣе это оказалось въ историческихъ разъясненіяхъ, гдѣ обнаружились самыя несостоятельныя воззрѣнія. Что же касается Глюка, то послѣдній съ 1789 началъ комментарій къ Пандектамъ, о которомъ Гуго пророчески отозвался, что онъ разростется болѣе чѣмъ на двадцать томовъ; за тѣмъ Гуго объявилъ, что весь этотъ трудъ ничего не стоитъ, такъ какъ предварительно необходимо было опредѣлить, что слѣдуетъ удержать и что отбросить, авторъ же, не имѣя никакого точно - установленнаго плана, перемѣшиваетъ старое и новое право, jus publicum и jus privatum. Однако Гуго, при всѣхъ своихъ критическихъ талантахъ оказался безсильнымъ создать что-либо новое, самостоятельное. Къ тому же его методъ близко подходилъ къ филологическому, и самъ Гуго называлъ его экзегетическимъ. Требованія имъ критико-экзегетическаго изслѣдованія касались однихъ отдѣльныхъ подробностей, точнаго уясненія понятій и установленія римской терминологіи. Необходимость же строгаго толкованія отчасти признавалась нѣкоторыми вполнѣ, отчасти считалась излишней для истинной науки, а отчасти сомнительной по по-

слѣдствіямъ, такъ какъ учебники самаго Гуго были составлены чрезвычайно неудовлетворительно. Такого было состояніе юридической науки и преподаванія до Савиньи.

Разработывая свой курсъ послѣднихъ десяти книгъ Пандектъ, Савиньи прежде всего былъ пораженъ противорѣчіями, существовавшими въ ученіи о владѣніи. Онъ сообщилъ о своихъ неудомѣніяхъ Вейсу, который вполнѣ одобрилъ его планъ отдѣлить классическую юриспруденцію отъ схоластики, внесшей смѣшеніе понятій, и показать разницу съ теоретической точки зрѣнія между классическимъ правомъ Рима и ученіями господствовавшей школы. Впродолженіи 5 мѣсяпевъ, Савиньи окончилъ свое изслѣдованіе, и 3 Мая 1803 г. появилась знаменитая его монографія „О правѣ владѣнія“ поразившая всѣхъ новостью метода, яснымъ легкимъ слогомъ и богатымъ знакомствомъ съ литературой и источниками. Вмѣсто того, чтобы, по обычаю, выяснять юридическую сущность владѣнія перечисленіемъ всѣхъ возможныхъ фактическихъ выгодъ владѣльца, Савиньи ограничился изысканіемъ юридическихъ послѣдствій, которыя Римляне выводили изъ владѣнія, а это привело его къ различію юридическаго владѣнія отъ его естественаго основанія—detentio. Анализируя, для подтвержденія своей теоріи взгляды классическихъ юристовъ, преторскій эдиктъ и императорскія постановленія, Савиньи пришелъ къ заключенію, что единственными послѣдствіями чистаго владѣнія должны считаться давность по цивильному праву и защита противъ нарушенія по преторскому праву посредствомъ интердиктовъ. Только тамъ, и единственно тамъ, гдѣ является то или другое послѣдствіе, римское право признаетъ и бытіе юридическаго владѣнія. Изслѣдуя для точнѣйшаго доказательства терминологію, Савиньи вывелъ положеніе, что когда владѣніе вело къ пріобрѣтенію посредствомъ давности, то называлось у Римлянъ possesio civilis, когда же влекло только защиту интердиктами—то называлось просто possesio; противоложность обоимъ составляла possessio naturalis, какъ отрицаніе того или другаго, или обоихъ вмѣстѣ. За тѣмъ авторъ переходитъ къ ученію о пріобрѣтеніи и потерѣ владѣнія, и наконецъ къ изслѣдованію интердиктовъ и jurium quasi possessio. По установленіи ученія Римскаго права по источникамъ, Савиньи заключаетъ свой трудъ моди-

фикаціями римскаго права въ законодательствѣ и въ практикѣ новаго времени. —Благодаря монографіи „О правѣ владѣнія“ Савиньи занялъ мѣсто въ ряду первыхъ юристовъ того времени. Гейдельберъ и Грейфсфальдъ предлагали ему занять кафедру римскаго права на самыхъ блестящихъ условіяхъ, но онъ отказался въ виду предположеныхъ новыхъ ученыхъ изслѣдованій. Женившись на дѣвушкѣ изъ богатаго банкирскаго дома въ Родельгеймѣ, Кунигундѣ Брентано, Савиньи предпринялъ путешествіе съ намѣреніемъ посѣтить старинныя библіотеки Германіи и Франціи и собрать тамъ матеріалъ для исторіи римскаго права въ средніе вѣка. Побывавъ въ Гейдельбергѣ, Штутгардѣ, Тюбингенѣ и Страсбургѣ, онъ прибылъ 2 Декабря 1804 года въ Парижъ. При въѣздѣ въ этотъ городъ, ему пришлось испытать весьма чувствительную потерю: у него отрѣзали чемоданъ съ бумагами, содержавшими результаты его усидчивымъ занятій въ германскихъ библіотекахъ. Подавленный впродолженіи нѣсколькихъ мѣсяцевъ этой громадной потерей Савиньи рѣшился если не вполнѣ, то хотя отчасти возстановить утраченное, пользуясь богатыми сокровищами Парижской библіотеки, и пригласилъ съ этой цѣлью въ Парижъ Якова Гримма. Вмѣстѣ съ Гриммомъ, своей женой и ея сестрой Савиньи ежедневно являлся въ библіотеку и просиживалъ тамъ до тѣхъ поръ, пока служителя нѣсколько разъ не повторяли ему надъ ухомъ: „пора, пора, уже два часа, и нужно уходить.“ Жена и ея сестра помогали ему въ перепискѣ французскихъ манускриптовъ и, между прочимъ, неизданныхъ писемъ Куяція.

Повозвращеніи въ Марбургъ въ 1808 г., Савиньи предложили профессуру римскаго права въ Ландсгутѣ,гдѣ,не смотря на короткое пребываніе, (всего полтора года) онъ успѣлъ пріобрѣсть самое искренее расположеніе и глубокую привязаность. Мт Арнимъ, сестра жены Савиньи, такъ описываетъ прощаніе его съ этимъ городомъ. „Черезъ нѣсколько дней мы покидаемъ Ландсгутъ. Студенты укладываютъ библіотеку Савиньи, — нумеруютъ книги, выставляютъ на нихъ ярлыки и уставляютъ въ ящики, которые спускаютъ изъ оконъ на веревкахъ; всѣ работаютъ весело и усердно, не смотря на горе предстоящей разлуки съ своимъ профессоромъ. Какъ бы ученъ ни былъ Сави-

ньи, доброта его характера стоитъ еще выше его блестящихъ способностей. Студенты его обожаютъ; они чувствуютъ, что теряютъ въ немъ своего благодѣтеля. Профессора любятъ его также, а въ особености теологи... Студенты не покидаютъ домъ Савиньи; я вижу какъ они, укладывая вещи подъ моими окнами, ѣдятъ ветчину. Они хотѣли уложить также и мою маленькую библіотеку. Вечеромъ студенты собираются, чтобъ играть на гитарѣ и на флейтѣ; они танцуютъ вокругъ большаго фонтана передъ нашимъ домомъ и это иногда длится до полуночи... Было рѣшено провожать Савиньи до Зальцбурга. Тѣ, которые не имѣютъ ни лошадей, ни экипажей отправляются впередъ пѣшкомъ. Всѣ считаютъ праздникомъ это маленькое путешествіе въ первые весенніе дни, по прелестной странѣ, въ сопровожденіи ихъ дорогаго профессора.—Мы выѣхали нѣсколько дней послѣ Пасхи. Университетъ собрался у Савиньи. Передъ разлукой однихъ съ своимъ профессоромъ и всѣхъ съ своимъ другомъ принесли вина и при громѣ виватовъ его проводили до городскихъ воротъ. Тамъ профессора торжественно простились съ нимъ. Тѣ, которые были верхомъ или въ экипажахъ, поѣхали насъ провожать. Всю дорогу мы встрѣчали студентовъ, опередившихъ насъ, чтобъ въ послѣдній разъ увидѣть Савиньи. Большая часть отвертывалась, чтобы скрыть слезы. Я никогда не забуду одного молодаго Шваба, настоящаго представителя своего племени: онъ махалъ въ воздухѣ своимъ маленькимъ платкомъ, и слезы мѣшали ему насъ видѣть.—Фрейбергъ разсказывалъ мнѣ, что Савиньи далъ университету новую жизнь; что онъ сумѣлъ помирить профессоровъ или, покрайней мѣрѣ, ослабить ихъ взаимныя непріязненыя отношенія,—и что его благодѣтельное вліяніе было особенно чувствительно для студентовъ, такъ какъ онъ поднялъ ихъ свободу и сомостоятельность. Я не умѣю описать таланта, которымъ обладаетъ Савиньи для сношеній съ молодежью. Труды и успѣхи его слушателей возбуждаютъ въ немъ настоящій энтузіазмъ; онъ счастливъ, когда имъ удается хорошо обработать вопросы, которые онъ имъ предлагаетъ; онъ готовъ открыть имъ глубину своего сердца; онъ заботится объ ихъ судьбѣ, думаетъ объ ихъ будущности и указываетъ имъ путь, который освѣщаетъ своимъ блестящимъ рвеніемъ. Сущность его

характера состоитъ въ любви къ людямъ, которымъ онъ посвящаетъ всѣ силы своего ума и сердца, т. е. въ томъ, что кладетъ печать истиннаго величія. Наивная простота, съ которой онъ низводитъ свое знаніе на уровень, доступный всякому, дѣлаетъ его вдвойнѣ великимъ“ (1).

Въ 1810 г. въ Берлинѣ былъ основанъ университетъ, который долженъ былъ возродить нравственныя и умственныя силы Германіи, и съ этой цѣлью туда были приглашены самыя первыя знаменитости нѣмецкой націи. Къ профессорамъ Галльскаго университета, отходившаго отъ Пруссіи, Бейму, Швальцу, Гуфеланду, Нимейеру, Шлейермахеру, отозвавшимся на призывъ Фридриха Вильгельма, присоединились Нибуръ, Ейхгорнъ и Савиньи. Такимъ образомъ въ Берлинѣ, центрѣ тогдашней нравственной и умственной жизни Германіи, сошлись эти три великіе человѣка, совокупная дѣятельность которыхъ произвела неизмѣримый, по своимъ послѣдствіямъ, переворотъ въ соціальныхъ наукахъ. Между Нибуромъ и Савиньи вскорѣ завязались самыя тѣсныя дружескія отношенія. Савиньи сталъ однимъ изъ первыхъ слушателей Нибура, подвергнувшаго римскую исторію самымъ серьезнымъ изслѣдованіямъ и отдѣлившаго туманныя преданія отъ дѣйствительныхъ фактовъ. Нибуръ же въ свою очередь писалъ къ Генслерамъ 9 ноября 1810 г.: „вниманіе Савиньи и его увѣренія, что я начинаю для римской исторіи новую эпоху, разумѣется, придаютъ мнѣ еще болѣе рвенія продолжать изслѣдованія во всей полнотѣ.“— Затѣмъ въ предисловіи къ своей Римской исторіи Нибуръ откровено заявилъ, что безъ Савиньи, Буттмана, Гейндорфа и умершаго въ то время Шпалдинга „онъ едва ли бы рѣшился на подобный трудъ и безъ ихъ оживляющаго участія и присутствія едва ли бы его выполнилъ“.

Назначеный по особому королевскому приказу ректоромъ, 10 Октября 1810 г. Савиньи началъ свои зимнія лекціи объ институціяхъ и исторіи римскаго права. Вскорѣ затѣмъ онъ раздѣлилъ свои занятія на двѣ части: въ зимній семестръ объяснялъ пандекты, за исключеніямъ наслѣдственаго права, а

---

(1) Goethe's Briefwechsel mit einem Kinde, т. II стр. 171 — 188, 2-е изд.

въ лѣтній—институціи; кромѣ того читалъ Ульпіана, Гая и пруское право (ландрехтъ). Послѣдній курсъ до тѣхъ поръ не существовалъ и былъ введенъ преимущественно по его настояніямъ.

Въ то время нѣмецкіе университеты составляли и судебную инстанцію, какъ Spruch—Collegium'ы. Савиньи впродолженіи 17 лѣтъ принималъ самое горячее участіе и въ этой дѣятельности университета и въ архивѣ факультета сохраняются его 138 докладовъ, обнимающіе 3 тома.

Въ 1811 году великій ученый былъ назначенъ членомъ Берлинской Академіи, гдѣ также успѣлъ проявить свою неутомимую дѣятельность во множествѣ мемуаровъ.—Въ послѣдующіе года возбужденія Германіи и борьбы ея съ Франціей Савиньи также принялъ участіе въ народномъ движеніи, хотя и не непосредственно, какъ его другъ Эйхгорнъ, выступившій въ открытое поле съ оружіемъ въ рукахъ. Савиньи былъ назначенъ въ коммиссію для призыва ландвера и на собственныя средства снарядилъ на войну многихъ изъ своихъ слушателей.

По освобожденіи Германіи отъ французскаго владычества, совершенномъ при совокупномъ содѣйствіи всей нѣмецкой націи, горячіе патріоты стремились удержать образовавшееся случайно единство если не вполнѣ, то, покрайней мѣрѣ, хотя въ нѣкоторыхъ сторонахъ жизни. Между прочимъ и юристы не остались чужды этимъ стремленіямъ, и въ 1814 г. появилась брошюра Гейдельбергскаго профессора Тибо „О необходимости общаго гражданскаго законодательства для Германіи.“ „Въ 1814 г., писалъ Тибо, когда я видѣлъ много нѣмецкихъ солдатъ, шедшихъ на Парижъ съ сердцами полными надежды, я былъ глубоко взволнованъ. Многіе изъ моихъ друзей раздѣляли мои взгляды и надежду объ улучшеніи состоянія нашего законодательства. Въ 14 дней, написалъ я отъ искренняго моего сердца брошюру о необходимости общаго гражданскаго права для всей Германіи, съ сохраненіемъ однако для каждой страны ея законовъ, покровительствующихъ мѣстнымъ обычаямъ“(1).

Тибо начинаетъ съ того, что освобожденіе страны спасло честь Германіи, но что еще много препятствій лежитъ на

(1) Thibaut. Ueber die sogenannte... стр. 6, 7.

пути къ будущему ея благоденствію, между прочимъ, отсутствіе общаго гражданскаго уложенія; послѣднее повело-бы къ національному объединенію права и дало бы практикамъ и теоретикамъ вполнѣ очищенный правовой матеріалъ для разработки и примѣненія, тогда какъ вмѣсто него имѣется масса отдѣльныхъ правъ и постановленій, часто одно другому противорѣчащихъ; главную часть въ этой массѣ нужно отнести на долю римскаго права, источники котораго въ первоначальномъ видѣ неизвѣстны, да и относительно отдѣльныхъ положеній котораго существуютъ непримиримые контроверзы, затрудняющіе своей многочисленностью разрѣшеніе практическихъ случаевъ. Что же касается до воззрѣній о зависимости права отъ различныхъ условій времени, мѣста, климата и др, то Тибо говоритъ: „гражданскіе законы, основывающіеся въ цѣломъ только на человѣческомъ сердце, разумѣ и разсудкѣ, очень рѣдко бываютъ въ необходимости подчиняться обстоятельствамъ, и если въ нѣкоторыхъ случаяхъ изъ такого единства произойдутъ небольшія неудобства, то безчисленныя выгоды его перевѣшиваютъ всѣ подобныя жалобы. Пускай только вдумаются въ отдѣльныя части гражданскаго права! Многія изъ нихъ, составляютъ такъ сказать своего рода чистую математику, на которую никакія мѣстныя условія не могутъ имѣть рѣшительно никакого вліянія, напр. ученіе о собственности, наслѣдственномъ правѣ, гипотекахъ, договорахъ и обо всемъ относящемся къ общей части юриспруденціи“ (1).

На призывъ Тибо сочувственно отозвались Фейербахъ въ въ Мюнхенѣ, Шмитъ въ Іенѣ и Пфейфферъ въ Касселѣ.

Савиньи, патріотизмъ котораго не допускалъ и теперь не допускаетъ никакихъ сомнѣній, счелъ, однако, невозможнымъ присоединиться къ взглядамъ Тибо, и въ томъ же году высказалъ свои собственныя воззрѣнія въ брошюрѣ „О призваніи нашего времени къ законодательству и юриспруденціи.“ Основнымъ возраженіемъ противъ возможности общаго гражданскаго законодательства—Савиньи выставилъ свои идеи о происхожденіи права.

„Прежде всего мы спросимъ исторію, говоритъ Савиньи, какъ

(1) Thibaut—Ueber die Nothwendigkeit... стр. 53, 54.

въ дѣйствительности развивалось право у народовъ цивилизованныхъ. Гдѣ только мы находимъ достовѣрную исторію, гражданское право уже имѣетъ свой опредѣленный характеръ, особенный для каждаго народа, подобно его языку, нравамъ и государственному устройству. Всѣ эти проявленія, лишенныя самобытнаго существованія, представляются только отдѣльными силами и видами дѣятельности народа, неразрывно связанными между собою; они являются отдѣльными силами только въ нашихъ изслѣдованіяхъ; соединяетъ же ихъ въ одно цѣлое общее убѣжденіе народа, одинаковое чувство внутренней необходимости, совершенно исключающія всякую мысль о случайномъ или произвольномъ ихъ происхожденіи. Какъ возникли эти особенныя народныя функціи, придающія самимъ народамъ характеръ индивидуумовъ, на этотъ вопросъ исторія не даетъ отвѣта. Въ послѣднее время получилъ господство взглядъ, будто сначала все жило въ звѣро-подобномъ состояніи и мало по малу достигло сперва жалкаго существованія, а потомъ той высоты, на которой мы теперь стоимъ. Мы можемъ оставить этотъ взглядъ неприкосновеннымъ и ограничиться фактами перваго достовѣрнаго состоянія гражданскаго права. Мы попытаемся изложить нѣкоторые черты этого періода, въ которомъ право, какъ и языкъ, живетъ въ народномъ сознаніи.—Этотъ младенческій возрастъ народовъ бѣденъ понятіями, но проникнутъ яснымъ сознаніемъ своего состоянія и отношеній, чувствуетъ ихъ совершенно и переживаетъ вполнѣ, — тогда какъ мы, среди искуственнаго и сложнаго существованія, падаемъ подъ бременемъ нашего богатства вмѣсто того, чтобъ имъ пользоваться и господствовать надъ нимъ. Это естественное состояніе преимущественно выказывается въ гражданскомъ правѣ. Такъ какъ для каждаго человѣка его семейныя отношенія и собственность становятся важнѣе, благодаря тѣсному соединенію съ его личностью, то очень возможно, что нормы гражданскаго права были предметами народныхъ вѣрованій. Но эти духовныя отправленія нуждаются для своего упроченія въ тѣлесной оболочкѣ. Такое тѣло составляетъ для языка постоянное непрерывное упражненіе, для государственнаго устройства — видимыя государственныя власти, но что же замѣняетъ это тѣло въ гражданскомъ правѣ? Въ наше время его составля-

ютъ высказанныя правовыя нормы, сообщаемыя письменно и устно. Но этотъ видъ упроченія предполагаетъ значительную способность къ отвлеченію, а потому онъ не мыслимъ въ младенческомъ возрастѣ народа. За то мы находимъ здѣсь обиліе символическихъ дѣйствій, выражающихъ происхожденіе и прекращеніе юридическихъ отношеній. Чувственная наглядность этихъ дѣйствій упрочиваетъ право въ опредѣленномъ видѣ во внѣ, а ихъ важность и строгость соотвѣтствуютъ значительности самихъ юридическихъ отношеній. Въ равно-широкомъ пользованіи такими формальными дѣйствіями сходятся напр. германскія племена съ древне-итальянскими, хотя у послѣднихъ народовъ самыя формы были опредѣленнѣе и строже, что впрочемъ могло зависить отъ ихъ городскаго быта. На эти формальныя дѣйствія можно смотрѣть, какъ на грамматику права этого періода, и замѣчательно, что главная забота древнѣйшихъ римскихъ юристовъ состояла въ поддержаніи ихъ и точномъ ихъ примѣненіи. Въ новѣйшія времена часто пренебрегали ими, какъ остатками варварства и суевѣрія, упуская изъ виду, что и мы повсюду заботимся о формахъ, съ тою только разницею, что наши формы уступаютъ старымъ въ наглядности и обще-народной доступности, являясь поэтому чѣмъ то произвольнымъ, а потому и обременительчымъ. Съ нашими односторонними взглядами на прежнія времена мы уподобляемся путешественникамъ, которые замѣчаютъ во Франціи съ великимъ удивленіемъ, что маленькія дѣти простолюдиновъ вполнѣ правильно говорятъ по французски. Эта органическая связь права, какъ и языка, съ существомъ и характеромъ народа, продолжается и въ послѣдующія времена. Для права, какъ и для языка, не бываетъ момента абсолютнаго покоя и оно подвержено такому же движенію и развитію, какъ и всякое другое проявленіе народной жизни. И такъ, право проходитъ тѣже ступени роста, какъ и народъ, развивается вмѣстѣ съ нимъ и наконецъ, умираетъ, когда народъ теряетъ свои отличительныя особенности. Однако это внутреннее образованіе права во времена культуры представляетъ для изслѣдованія большія затрудненія... Именно при возрастающей культурѣ всѣ стороны народной дѣятельности обособляются и то, что прежде производилось всѣми, выпадаетъ на долю отдѣльныхъ сословій. Та-

кимъ обособленнымъ сословіемъ являются также и юристы. Право разработывается тогда посредствомъ языка, принимаетъ научное направленіе и какъ прежде оно жило въ сознаніи цѣлаго народа, такъ теперь переходитъ въ сознаніе юристовъ, являющихся представителями народа въ этой сторонѣ его дѣятельности. Съ этого момента бытіе права становится искуственнѣе и сложнѣе, такъ какъ оно пульсируетъ уже въ двухъ сферахъ: въ общей народной жизни, гдѣ его развитіе не прекращается, и затѣмъ въ особой наукѣ, въ рукахъ юристовъ. Выводомъ изъ этого взгляда будетъ то, что всякое право возникаетъ путемъ, обычая, т. е. вытекаетъ изъ нравовъ и народныхъ вѣрованій, а потомъ изъ юриспруденціи; слѣдовательно всегда изъ внутреннихъ незамѣтно дѣйствующихъ силъ, а не изъ произвола законодателя....“

Исходя изъ приведенныхъ мыслей Савиньи полагаетъ, что истинная задача законодателя собирать, очищать и установлять существующее право, а такъ какъ для этого первое условіе основательныя историческія познанія, а его вѣкъ необладаетъ ими, то онъ и не призванъ совершить эту работу; предварительно должно достигнуть болѣе высшаго состоянія науки права и такъ какъ къ достиженію этого уже проявились стремленія, то всѣ народныя силы и должны быть сосредоточены въ этомъ направленіи.—Къ началамъ, провозглашеннымъ Савиньи примкнули Ейхгорнъ, Нибуръ и цѣлая толпа молодыхъ ученыхъ, снискавшихъ впослѣдствіи въ наукѣ почетныя имена—Пухта—Гриммы, Дирксенъ, Гассъ, Унтергольцнеръ и др.

Споръ Савиньи съ Тибо, возбужденный собственно вслѣдствіе частнаго вопроса о гражданскомъ законодательствѣ для Германіи, получилъ громадное значеніе, такъ какъ въ немъ были затронуты необходимые для его разрѣшенія вопросы общаго характера о происхожденіи и значеніи права въ народной жизни. Чтобъ поддержать и распространить взгляды, высказанные въ отвѣтѣ Тибо, Савиньи вмѣстѣ съ другомъ своимъ Гёшеномъ въ 1815 г. основалъ „Журналъ историческаго законодательства правовѣденія“. Вся Германія раздѣлилась тогда на два лагеря, получившія названія исторической и неисторической школъ. Эти названія въ первый разъ встрѣчаются въ введеніи къ вышесказанному журналу, гдѣ Савиньи говоритъ

слѣдующее: „одна изъ этихъ школъ совершенно основательно называетъ себя *исторической;* для другой же едвали можно придумать какоелибо названіе, такъ какъ единой она представляется только въ возраженіяхъ первой школѣ, сама же по себѣ выступаетъ въ самыхъ разнообразныхъ и противорѣчивыхъ формахъ, выставляя себя, то школой философской и естественнаго права (Naturrecht), то здраваго человѣческаго смысла; поэтому за недостаткомъ другаго выраженія, мы назовемъ ее школой неисторической. Противоположность между этими школами выражается въ разрѣшеніи слѣдующихъ общихъ вопросовъ: въ какомъ отношеніи стоитъ прошедшее къ настоящему, или будущее къ существующему? Одни учатъ, что всякій періодъ имѣетъ свое бытіе и воспроизводитъ свой міръ свободно и произвольно, хорошо и счастливо, дурно и несчастливо, смотря по степен своихъ силъ и предусмотрительности. По мнѣнію этихъ ученныхъ, изученіемъ предшествующаго времени не слѣдуетъ пренебрегать только потому, что изъ него можно научиться, какъ и что существовало у предковъ; такимъ образомъ *исторія есть собраніе моральнополитическихъ примѣровъ,* и изученіе прошедшаго является только однимъ изъ многихъ вспомогательныхъ средствъ, а геній можетъ и безъ него легко обойтись.

По ученію другихъ, нѣтъ отдѣльнаго и обособленнаго человѣческаго существованія; напротивъ, что представляется отдѣльнымъ, съ одной точки зрѣнія, то съ другой оказывается частью высшаго цѣлаго. Какъ каждый отдѣльный человѣкъ необходимо мыслится членомъ семейства, народа, государства, такъ и каждый періодъ народа продолженіемъ и развитіемъ всѣхъ предшествующихъ временъ. Всякое иное воззрѣніе будетъ поэтому одностороннимъ и, если получитъ господство, то окажется вреднымъ и гибельнымъ. Если же это такъ, то всякій періодъ творитъ свой міръ не для себя одного и произвольно, но установляетъ его въ неразрывной связи со всѣмъ прошедшимъ. Съ этой точки зрѣнія исторія будетъ уже не однимъ собраніемъ примѣровъ, но единственно—вѣрнымъ путемъ для познанія нашего собственнаго состоянія“.

Тибо и его приверженцы возражали въ журналахъ и полемическихъ сочиненіяхъ, причемъ нѣкоторые зашли такъ далеко, что заподозрили своихъ противниковъ даже въ демократической пропагандѣ. Такъ Гённеръ въ своемъ сочиненіи „О законодательствѣ и правовѣденіи въ наше время“ (1815 г.) старался возбудить правительства противъ исторической школы, отнимающей будто у нихъ право законодательства и передающей его въ руки народа и юристовъ, какъ народныхъ представителей; такой взглядъ, по мнѣнію Гённера, прямо ведетъ къ тому, что государства должны управляться не правителемъ, а народомъ и юристами. Самъ Тибо въ брошюрѣ „О такъ называемой исторической и не исторической школѣ юристовъ“ возражалъ гораздо умѣреннѣе и обвинялъ своихъ противниковъ только въ томъ, что они напрасно выступаютъ съ притязаніями на установленіе какихъ-то новыхъ началъ. По словамъ Тибо хотя и слѣдуетъ признать за исторической школой большія заслуги въ разъясненіи текста источниковъ, но и прежде были ученые, работавшіе въ томъ же направленіи, какъ напр. Куяцій, Гейнекцій и др. Кто стремится къ новому, не теряетъ способности познавать старое и объяснять его исторически и нѣтъ такого юриста, который бы отрицалъ пользу и важность исторіи, но послѣднюю нельзя, да и не нужно знать до мелочей: мелочныя подробности необходимы для филологіи, но не для прагматической исторіи права.

На эти упреки въ мелочныхъ изысканіяхъ Савиньи отвѣчалъ: „По методу, который я принимаю за истинный, въ разнообразіи, представляемомъ исторіей, отыскивается высшее единство, жизненный принципъ, объясняющій всѣ отдѣльныя явленія и одухотворяющій все матеріально существующее“...

„Всякій разумный человѣкъ долженъ презирать микрологію, но точное и строгое знаніе до такой степени необходимо во всякой исторіи, что оно только и можетъ сообщить ей цѣну (1)“.

Что касается Гённера, то Савиньи возражалъ на его нападки колко и съ нѣкоторымъ презрѣніемъ: Гённеръ во времена французскаго владычества принялъ сочувственно Code Napoleon

(1) Zeitschrift. т. 3 стр. 5.

что въ глазахъ всѣхъ, а также и Савиньи представлялось положительной измѣной. Полемика до того была, впрочемъ, чужда характеру Савиньи, что онъ послѣ этого отвѣта навсегда отъ нея отказался. Мало того, онъ не помѣстилъ статьи, написанной противъ Гённера въ сборникѣ всѣхъ своихъ полемическихъ статей, изданномъ 15 лѣтъ спустя, объясняя причину этого обстоятельства слѣдующимъ образомъ: „хотя я и ни въ чемъ не измѣнилъ своихъ взглядовъ, но все-таки не желаю по прошествіи столькихъ лѣтъ и послѣ смерти противника напоминать споръ, вызванный моментомъ, и принявшій характеръ личной полемики". И впослѣдствіи Савиньи всегда былъ вѣренъ этой мудрой сдержанности и даже самыя злыя нападки яраго противника исторической школы Ганса были безсильны вывести его изъ добровольно наложеннаго на себя молчанія. Сверхъ того, принявъ участіе въ изданіи общаго вексельнаго устава для всей Германіи, Савиньи доказалъ, что нападки на него такъ называемой философской школы были построены на невѣрномъ пониманіи высказанныхъ имъ идей.

Въ 1815 г., послѣ слишкомъ десяти-лѣтнихъ неутомимыхъ трудовъ, посвященныхъ обработкѣ матеріала для исторіи римскаго права въ средніе вѣка, появился, наконецъ, первый томъ этого великаго творенія; все сочиненіе вышло въ промежутокъ времени отъ 1815—1831 въ шести томахъ; при второмъ изданіи къ нимъ былъ присоединенъ еще седьмой. Это сочиненіе раздѣляется на двѣ части:—первая обнимаетъ 6 вѣковъ до Ирнерія и излагаетъ судьбу римскаго права въ государствахъ, возникшихъ на развалинахъ западно-римской имперіи, когда оно продолжало составлять жизненый народный элементъ, почти безъ всякихъ слѣдовъ научной обработки; вторая—заключаетъ 4 столѣтія послѣ Ирнерія, когда научное изученіе рим. права, передача словамъ и письмомъ стали преобладающими; такимъ образомъ часть эта, по своей задачѣ, преимущественно литературно-историческаго содержанія. Этотъ трудъ установилъ совершено новый взглядъ на непрерывность исторической жизни римскаго права. До его появленія господствовало возрѣніе, что начало научной обработки римскаго права Ирнеріемъ было внезапнымъ оживленіемъ мертвой матеріи, происшедшимъ по чисто случайнымъ причинамъ,—Савиньи же ра-

скрылъ безчисленныя нити живой передачи, соединявшія періодъ упадка римскаго государства съ дѣятельностью глоссаторовъ и доказалъ, что ни капризъ, ни случай или произволъ объясняютъ принятіе римскаго права, но что передъ нами лежитъ результатъ историческаго развитія. Противъ труда Савиньи возражали, что авторъ излагаетъ не исторію права, но исторію литературы. Штинцингъ по этому поводу справедливо замѣчаетъ, что указанное возраженіе можетъ считаться нѣсколько основательнымъ въ разсужденіи второй части, причемъ нельзя не согласиться, что если правовая жизнь въ такой сильной степени проявляется въ ученыхъ трудахъ, то исторія права, само собой разумѣется, должна принять видъ исторіи литературы: въ послѣднемъ случаѣ, очевидно, что въ литературѣ весьма естественно отразится и то развитіе, которое право претерпѣваетъ внѣ ея, въ жизни (1).

Одна изъ отличительныхъ особенностей великихъ людей состоитъ въ томъ, что, служа выраженіемъ эпохи, они же сообщаютъ ей и свой характеръ, указывая цѣль и направленіе другимъ умамъ. Отсюда появленіе великихъ людей, какъ нельзя болѣе кстати, сопровождается разнаго рода событіями, которыя въ другое время и не могли бы совершиться, а если бы и совершились случайно, то не нашли бы сочувствія и остались бы незамѣченными. Къ такого рода событіямъ въ эпоху возникновенія историч. школы слѣдуетъ отнести открытіе истинныхъ институцій Гая, сдѣланное Нибуромъ въ 1816 г. въ Болоньѣ: только въ эпоху зарожденія исторической школы, можно было понять, объяснить и оцѣнить это сокровище. Поэтому нельзя не согласиться съ Гуго, который въ 1818 г. по случаю третьяго изданія „О правѣ владѣнія“ Савиньи провозгласилъ, что безъ Савиньи мы навѣрно не имѣли бы Гая. Въ самомъ дѣлѣ современи открытія остатковъ Павла и вестъ-готскаго Гая, совершившагося три столѣтія тому назадъ, никогда наука права не получала еще подобнаго толчка. Можно безъ всякаго преувеличенія сказать, что въ нашихъ познаніяхъ римскаго права произошелъ съ открытіемъ истиннаго Гая радикальный переворотъ: передъ нами раскрылся процессъ,

(1) Stintzing, стр. 35, 36.

краеугольный камень всякаго права, а у Римлянъ служившій точкой отправленія для дальнѣйшаго развитія права; сверхъ того институціи Гая подтвердили взгляды Савиньи, что историческое познаніе римскаго права крайне недостаточно и что лучшій путь для науки права—это пріобрѣтеніе болѣе точнаго и глубокаго знанія.

Вліяніе новаго направленія не ограничивалось тѣснымъ кругомъ только приверженцевъ исторической школы, но сказывалось въ общемъ оживленіи научной и практической правовой дѣятельности.

Впродолженіи 10 лѣтъ (до 1827 г.) въ Германіи возникло шесть юридическихъ журналовъ и появилось множество критическихъ изслѣдованій; вновь же открытые были изданы и подвергнуты тщательной обработкѣ. Взглядъ на право, не какъ на безформенную массу отдѣльныхъ положеній, обязанныхъ своимъ существованіемъ произволу, а какъ на органическій результатъ нравственныхъ народныхъ силъ, побуждалъ юристовъ съ любовью изучать предметъ и все цѣло посвящать ему лучшія свои силы.

Со смертью Тибо въ 1839 г. исчезла послѣдняя преграда, отдѣлявшая старую школу отъ исторической, хотя главныя особенности первой сгладились еще прежде. Но съ начала двадцатыхъ годовъ въ философію права стала проникать система Гегеля, и послѣдователи ея заняли мѣсто сошедшихъ со сцены прежнихъ противниковъ исторической школы. Хотя между юристами и мало было рьяныхъ гегельянцевъ, но тѣмъ не менѣе, подъ вліяніемъ новой школы стали замѣтно развиваться стремленія къ систематическому изученію права, раздаваться голоса въ пользу преимущественно практическаго правогѣденія. Послышались, во многихъ отношеніяхъ, основательные упреки, что юристы, погружаясь исключительно въ историческія изслѣдованія, необращаютъ вниманія на потребности жизни и совершенно забываютъ, что правовѣденіе, по существу своему, есть практическая дисциплина. Кромѣ того германисты обвиняли романистовъ въ чрезмѣрномъ поклоненіи римскому праву, препятствовавшему обработкѣ національнаго германскаго права.

Въ виду этихъ обвиненій юридическій міръ былъ крайне пораженъ появленіемъ въ 1840 г. первыхъ трехъ частей „Си-

стемы нынѣ дѣйствующаго римскаго права," гдѣ Савиньи вполнѣ удовлетворилъ всѣмъ требованіямъ вѣка и вмѣстѣ съ тѣмъ высказалъ что историческая школа исполнила свое назначеніе и наступаетъ другая эпоха — систематико—практическаго изученія права. Въ предисловіи Савиньи говоритъ: „всякій успѣхъ въ нашей наукѣ основывается на взаимодѣйствіи различныхъ духовныхъ дѣятельностей. Для обозначенія одной изъ нихъ и вытекшаго изъ нея научнаго направленія, во всей его особенности, мною и другими совершенно безпристрастно было выбрано выраженіе—историческая школа. Эта сторона науки была тогда особено выставлена не съ цѣлью отвергнуть достоинство другихъ дѣятельностей и направленій, или умалить ихъ; но только потому, что историческая сторона впродолженіе долгаго времени оставалась въ пренебреженіи сравнительно съ другими. Такимъ образомъ, чтобъ вновь получить свои права, она нуждалась временно въ болѣе ревностномъ заступничествѣ, сравнительно въ другими". „Если мы бросимъ взглядъ, продолжаетъ Савиньи, на настоящее состояніе нашей теоріи права, и сравнимъ его съ существовавшимъ пятьдесятъ или 100 лѣтъ тому назадъ, то увидимъ въ немъ съ одной стороны улучшенія, съ другой ухудшенія. Хотя никто не станетъ отрицать, что теперь стало возможнымъ и даже осуществилось многое, о чемъ прежде нельзя было и думать, и что масса разработанныхъ свѣдѣній, въ сравненіи съ прежними временами, безконечно велика, но если мы взглянемъ на необходимый при этомъ практическій смыслъ, который оживляетъ знаніе въ отдѣльныхъ насителяхъ теоріи, то сравненіе для настоящаго будетъ менѣе благопріятно. Этотъ недостатокъ нашего времени стоитъ въ связи съ особенностью направленія, которое замѣчается въ теоретическихъ стремленіяхъ." „Если же главное зло нашего правоваго состоянія кроется въ постоянно возрастающемъ разрывѣ между теоріей и практикой, то и помощь должна состоять въ возстановленіи ихъ естественнаго единства. Для этой именно цѣли римское право, если только пользоваться имъ правильно, можетъ оказать самыя важныя услуги. У римскихъ юристовъ это естественное единство является ненарушимымъ и въ самомъ живомъ осуществленіи; но это разумѣется не ихъ заслуга, точно также какъ и наше противоположное состоя-

ніе обусловливается скорѣе общимъ ходомъ развитія, нежели волею отдѣльныхъ лицъ.“ (1)

Въ самомъ дѣлѣ, въ „Системѣ“ Савиньи особенно бросаются въ глаза — глубокое пониманіе внутренняго практическаго значенія юридическихъ институтовъ, ихъ цѣлей въ практической жизни какъ настоящаго, такъ и прошедшаго времени. Для Савиньи они не холодныя отвлеченности, а результатъ живыхъ человѣческихъ отношеній, доступный пониманію только при ихъ посредствѣ. Вездѣ виденъ истинный юридическій тактъ и самое удачное соединеніе теоретическаго созерцанія съ практическимъ знаніемъ. Если и встрѣчаются въ „Системѣ“ историческія изслѣдованія, то лишь съ цѣлью доказать, что извѣстная юридическая теорія отжила свое время и если, не смотря на то, продолжаетъ еще пользоваться мнимой жизнью, то только въ учебникахъ и вслѣдствіе недоразумѣнія. Такимъ образомъ „Система“ вполнѣ примирила историческую обработку права съ практическими потребностями.

Изданіе „Системы“, (въ 8-и томахъ) продолжалось до 1848 года. По первоначальному плану за ней должна была слѣдовать особенная часть, но Савиньи въ 1851 и 1853 г. издалъ только два тома Обязательственнаго права, о которыхъ французскіе переводчики Жерарденъ и Жозонъ говорятъ слѣдующее: (1) „ни въ одномъ изъ своихъ сочиненій Савиньи не выказался такимъ великимъ писателемъ и юристомъ въ полномъ смыслѣ слова, какъ въ изданыхъ имъ двухъ томахъ обязательственнаго права. Французскіе романисты и во главѣ ихъ Пелла и Деманжа, не колеблясь ставятъ этотъ трудъ первымъ въ ряду ему принадлежащихъ. И дѣйствительно ни въ какомъ другомъ его трудѣ нельзя найти болѣе возвышенныхъ идей, болѣе научныхъ свѣдѣній и проницательности.“—Приобработкѣ слѣдующихъ частей Савиньи внезапно почувствовалъ нѣкоторое утомленіе и рѣшилъ отложить трудъ на нѣкоторое время, но уже за тѣмъ не принимался за него и такимъ образомъ, первые томы остались безъ продолженія; но тѣмъ не менѣе они

---

(1) System. т. 1 стр. XIII, XXII, XXV.

(1) Le droit des obligations par M. de Savigny. Traduit par M. M. C. Gerardin et Paul Jozon. Paris. 1873. Préface стр. VIII.

представляются вполнѣ законченными главными отдѣлами обязательственнаго права и потому могутъ служить лучшимъ пособіемъ для изученія сущности этой спеціальной части правовой системы.

Не смотря на столь обширную и обильную научную дѣятельность, Савиньи не покидалъ и практическаго поприща, на которомъ работалъ и словомъ, и перомъ. Оставаясь членомъ университетскаго персонала въ Берлинѣ, онъ читалъ лекціи до 1842 г. Кромѣ того, еще въ 1817 онъ былъ назначенъ членомъ государственнаго совѣта прусскаго королевства, годъ спустя членомъ высшаго суда въ Рейнскихъ провинціяхъ, въ 1826 г. членомъ коммиссіи для пересмотра законодательства, а въ 1842 г. поставленъ во главѣ Министерства для пересмотра законодательства, гдѣ содѣйствовалъ изданію брачнаго закона, общаго для всей Германіи вексельнаго устава и составленію проекта новыхъ уголовныхъ законовъ, которыми отмѣнялись тѣлесныя наказанія, квалифицированная казнь и конфискація. Послѣ волненій 1848 г. Савиньи удалился отъ всѣхъ общественныхъ дѣлъ и къ прежнему участію въ нихъ немогло его побудить и дарованное ему королемъ въ 1856 г. право засѣдать въ Палатѣ Господъ. 31 октября 1860 г. Савиньи праздновалъ свой шестидесятилѣтній докторскій юбилей, а 25 октября слѣдующаго года судьба положила конецъ этой жизни, которую во всѣхъ отношеніяхъ слѣдуетъ назвать прекрасною и великою.

Быть можетъ, предложенный очеркъ личности и дѣятельности Савиньи покажется нѣсколько длиннымъ, но, въ виду нѣкоторыхъ возраженій противъ исторической школы, — мы полагали, что самымъ лучшимъ отвѣтомъ на нихъ будутъ изложенныя выше идеи самаго Савиньи. Къ главнѣйшимъ упрекамъ противъ его направленія слѣдуетъ отнести слѣдующіе. Первый состоитъ въ томъ, что проводимыя Савиньи начала ведутъ къ застою въ правѣ и политикѣ,—словомъ къ самому крайнему консерватизму. Дѣйствительно многіе изъ послѣдователей исторической школы, каковы Гассенпфлугъ, Шталь, Линде, Келлеръ прославились на реакціонномъ пути. Но самъ Савиньи и лучшіе его ученики остались совершенно чужды этимъ стремленіямъ и даже, какъ мы видѣли, возбудили недовѣріе въ консерваторахъ,

подобныхъ Гённеру. Въ самомъ дѣлѣ: историческое возрѣніе на происхожденіе права одинаково отрицаетъ и революціонныя попытки, основанныя на отвлеченныхъ теоріяхъ, и деспотическія реформистскія стремленія, не имѣющія корня въ настоящемъ и прошедшемъ. По справедливому замѣчанію Блунчли, ничто такъ не противорѣчитъ истинной исторической наукѣ, какъ требованіе неизмѣнчивости настоящаго и отрицаніе прогресса. (1) Изъ приведеннаго нами очерка идей Савиньи вовсе не слѣдуетъ, что онъ проповѣдывалъ неприкосновенность всего существующаго въ правѣ и политикѣ. Если же нѣкоторые изъ писателей, считавшихъ себя послѣдователями исторической школы, опираясь на ея исходныя точки, дошли до подобныхъ выводовъ, то въ этомъ слѣдуетъ винить ихъ, а не Савиньи и его начала, которыми они воспользовались ненадлежащимъ образомъ. Вообще самъ Савиньи никогда не доходилъ до подобныхъ крайностей и не настаивалъ на исключительномъ господствѣ своихъ идей безъ всякаго отношенія къ времени и мѣсту, и какъ скоро сознавалъ, что извѣстная сторона исчерпана или была выставлена неправильно, тотчасъ же отъ нея отказывался — безъ всякаго ложнаго стыда. Такъ въ первомъ изданіи своей брошюры „О призваніи, разсматривая способъ составленія и содержаніе Code Napoleon, Савиньи пришелъ къ самымъ неблагопріятнымъ для него выводамъ; впослѣдствіи же во многомъ измѣнилъ свой взглядъ на этотъ предметъ. Находя, что исключительное историческое направленіе уже исполнило свое назначеніе, онъ не замедлилъ покинуть его и перейти къ методу практико-систематическому. Убѣдившись, что германское правовѣденіе достигло надлежащей научности, зрѣлости и знакомства съ источниками, онъ отступился отъ прежняго мнѣнія о несвоевременности общаго законодательства и способствовалъ объединенію вексельнаго права въ Германіи.—Другое обвиненіе противъ исторической школы состоитъ въ томъ, будто ея начала совершенно исключаютъ всякое философское пониманіе и обработку права. Но изъ приведенныхъ выше идей Савиньи нельзя прійти къ подобному заключенію. Лабуле, характеризуя

(1) Bluntschli, стр. 59 прим.

историческую школу, между прочимъ замѣчаетъ: „Савиньи былъ человѣкъ, впервые возстановившій въ наукѣ права изученіе исторіи; но, произведя научную революцію въ этомъ смыслѣ, онъ сумѣлъ и умѣрить ея дальнѣйшій ходъ и упорядочить ея развитіе; онъ же первый и единственный почувствовалъ необходимость дать историческому направленію философское основаніе, чтобъ оно не извратилось въ погоню за безполезными куріезами.“ (1)

По словамъ Блунчли историческая школа даже въ первое время своего появленія т. е., когда всякое воззрѣніе болѣе всего способно къ крайностямъ, никогда не оспаривала необходимости для изученія права философіи и отвлеченнаго мышленія; она только временно оставила послѣднее направленіе безъ всякой разработки т. е. отнеслась къ нему не отрицательно, а хладнокровно и безучастно. (2)

Но чѣмъ глубже историческое воззрѣніе проникало въ развитіе правовыхъ началъ, и чѣмъ ближе подходило къ новѣйшему времени, тѣмъ вліяніе философскаго элемента становилось ощутительнѣе, замѣтнѣе и должно было быть признана однимъ изъ историческихъ факторовъ. Да и по самому существу своихъ изслѣдованій, историческое направленіе не могло отрицать философскаго, и наоборотъ. Самый отвлеченный мыслитель, для познанія идеаловъ, нуждается въ внѣшнемъ возбужденіи путемъ фактовъ, добытыхъ опытомъ и исторіею; точно также и историкъ изслѣдователь не можетъ обнять и понять исторію, если не проникнется высшимъ ея значеніемъ и вѣчнымъ духовнымъ ея содержаніемъ.

---

(1) Laboulaye Essai... стр. 11.

(2) Bluntschli, стр. 64.

ПРЕДИСЛОВІЕ АВТОРА.

О планѣ настоящаго труда я уже имѣлъ случай объяснить въ предисловіи къ восьми-томному сочиненію, озаглавленному мною System des heutigen Römischen Rechts (S. VII—IX) (Система дѣйствующаго Римскаго права). Предлагаемый трудъ отличается отъ предъидущаго заглавіемъ, въ сущности же онъ—его продолженіе, такъ что система составляетъ общую часть цѣлаго, а предстоящее сочиненіе открываетъ собою часть особенную (спеціальную).

Послѣдній и вмѣстѣ съ тѣмъ обширнѣйшій отдѣлъ (о деньгахъ) первой главы настоящаго сочиненія отличается отъ всѣхъ прежнихъ теорій, касающихся этого предмета тѣмъ, что хотя и въ немъ нашли приложеніе общіе принципы римскаго права, но въ изслѣдованіи весьма спорныхъ спеціальныхъ вопросовъ источники его затронуты только слегка и мимоходомъ.

Зато, при изслѣдованіи этого вопроса; необходимо было войти въ разсмотрѣніе фактовъ и отношеній, вы-

ходящихъ за предѣлы науки о правѣ, безъ которыхъ однако, развиваемыя здѣсь юридическія нормы, остались бы непонятными и неубѣдительными.

Вступая въ эту область и покидая границы спеціальности, я счелъ долгомъ воспользоваться совѣтами и объясненіями одного изъ глубокихъ знатоковъ предмета.—Въ этомъ отношеніи оказалъ мнѣ дружескую и благосклонную помощь главный контролеръ монетнаго дѣла г. Кандельгардтъ, за что и приношу ему благодарность.

ВВЕДЕНІЕ.

ЛИТЕРАТУРА ПО ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОМУ ПРАВУ.

N. Donellus, Commentarii de jure civili. Lib. 12—16.

K. Bucher, das Recht der Forderungen, nach gemeinem und nach Preuszischem Recht. Breslau. 1836, 1840, 1843. (t. 1 и 2—общая часть) Въ связи съ этимъ сочиненіемъ находится книга того же автора: Lehrbuch des Preuszichen Rechts 2 т. Berlin 1846.

Unterholzner, Lehre des R. R. von den Schuldverhältnissen. 2 т. Leipzig 1840 (т 1 общая часть).

Puchta. Pandecten, четвертое изд. Leipzig 1848. § 218—410.

— Vorlesungen, второе изд. т. 2 Leipzig 1849. § 218—240.

— Cursus der Institutionen т 3. Leipzig. 1847. § 258—280.

Vangerow, Pandecten. т. 3 Новѣйшее изданіе· Marburg und Leipzig. 1850.

Я указалъ уже въ другомъ мѣстѣ (a) на потребность, при изложеніи цѣлой системы права, отдѣлить отъ спеціальныхъ ученій общую часть, которая должна служить имъ основаніемъ. Подобная же потребность возникаетъ и при изложеніи каждой изъ главныхъ спеціальныхъ теорій системы, каковы: права—обязательственное, вещное, семейное и наслѣдственное. Но есть особая причина, по которой общая часть въ обязатель-

(a) System des heutigen. R, R. t. 1. § 58.

ственномъ правѣ, должна получить большее значеніе и занять въ теоріи этого права гораздо болѣе мѣста, нежели въ теоріи прочихъ правъ. Вещное право ограничивается небольшимъ числомъ юридическихъ институтовъ; въ каждомъ изъ нихъ господствуютъ спеціальные принципы, оставляющіе немного мѣста для общихъ опредѣленій. Въ такомъ же отношеніи находятся права семейное и наслѣдственное: въ этихъ институтахъ образованіе права свободною волею частныхъ лицъ стѣснено узкими предѣлами.

Совершенно другой характеръ представляетъ обязательственное право. Отдѣльныя обязательства, составляющія его особенную часть, во первыхъ, несравненно многочисленнѣе и разнообразнѣе отдѣльныхъ институтовъ вещнаго права и другихъ главныхъ отдѣловъ общей системы. Но эти многочисленныя и разнообразныя обязательства суть только отдѣльные случаи, которые, по долгому опыту, оказались особенно важными и употребительными. Рядомъ съ ними остается еще свободное мѣсто для образованія новыхъ обязательствъ, сообразныхъ съ измѣняющимися потребностями времени или свободы частныхъ лицъ. Для такихъ-то вновь возникающихъ обязательствъ руководящими началами могутъ служить только принципы общей части, которые для этой цѣли и должны быть развиты надлежащимъ образомъ. (b)

Итакъ, общая часть обязательственнаго права будетъ изложена нами въ слѣдующихъ четырехъ главахъ:

Глава I—Природа обязательствъ.

Глава II—Возникновеніе обязательствъ.

Глава III—Прекращеніе обязательствъ.

Глава IV—Средства судебной защиты противъ нарушенія обязательствъ.

(b) На особый характеръ и значеніе общей части въ обязательственномъ правѣ, сравнительно съ другими новыми отдѣлами системы права, указалъ Пухта. Pandecten § 218 u Vorlesungen § 218.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Природа обязательствъ.

§ 2

Понятіе объ обязательствѣ.

Общая природа обязательствъ была уже опредѣлена въ другомъ мѣстѣ (a) слѣдующимъ образомъ: Обязательство состоитъ въ господствѣ надъ чужимъ лицомъ, но не надъ всѣмъ лицомъ (иначе оно вело бы къ уничтоженію личности), а только надъ одиночными его дѣйствіями, которыя могутъ быть представлены выдѣленными изъ свободы этого лица и подчиненными нашей волѣ. Дальнѣйшее развитіе этого понятія должно вести къ ученію о лицахъ, участвующихъ въ обязательствѣ, и о дѣйствіяхъ, на которыя обязательство направлено.

Въ каждомъ обязательствѣ мы видимъ два лица, состоящихъ въ отношеніи неравенства. Съ одной стороны личная свобода выступаетъ изъ своихъ естественныхъ предѣловъ въ смыслѣ господства надъ чужою личностью; съ другой—естественная свобода представляется ограниченною въ смыслѣ подчиненія или принужденія. (b) Эти противуположныя отношенія лицъ, вступившихъ въ обязательство, мы можемъ представить себѣ въ видѣ двухъ различныхъ дѣятельностей, изъ которыхъ одна состоитъ въ исполненіи должника, другая въ понужденіи (требованіи) вѣрителя. Однако, въ этомъ смыслѣ, главнымъ пунктомъ, сущностью всего обязательства, должна считаться дѣятельность должника, дѣятельность же вѣрителя—только второстепенною. Въ обязательствѣ, какъ и во всякомъ юридическомъ отношеніи вообще, нормальнымъ, естественнымъ считается добровольное признаніе и исполненіе права; борьба же, вызываемая отказомъ должника (понужденіе, искъ)

(a) System. т. 1, § 53, стр. 338, 339.

(b) L. 108 de V. S. (50. 16) „Debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest.“

представляется только устраненіемъ ненормальнаго состоянія. (c) Точно также и сущность собственности состоитъ главнымъ образомъ въ неограниченномъ и исключительномъ господствѣ лица надъ вещью, и если это господство выражается иногда въ видѣ востребованія вещи отъ нарушителя,—то это явленіе случайно.

Дѣйствія, необходимость исполненія которыхъ составляетъ сущность обязательства, были названы одиночными, въ противуположность личной свободѣ въ цѣломъ, и выдѣленными изъ свободы обязавшагося лица. Теперь разсмотримъ оба эти свойства поближе (d).

Названіе дѣйствій одиночными (einzelner) не слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что для каждаго обязательства всегда необходимо только одно дѣйствіе; напротивъ, обязательство можетъ имѣть въ виду множество отдѣльныхъ дѣйствій и даже такихъ, которыя представляютъ собою одну непрерывную, коллективную дѣятельность. Только всѣ они, въ отношеніи къ полной сферѣ свободы обязавшагося лица, должны всегда представляться minimum'омъ: въ такомъ только отношеніи мыслима несвобода, обусловливаемая обязательствомъ и не уничтожающая самой личности должника.—Этотъ характеръ собственно обязательственныхъ дѣйствій можетъ быть опредѣленъ двумя признаками, часто связанными между собою. Во первыхъ, ихъ объемомъ, такъ какъ въ дѣйствительности большая часть обязательствъ имѣетъ въ виду единичныя, моментальныя дѣйствія, каковъ напр. денежный платежъ; во вторыхъ, ихъ продолжительностью, такъ какъ исполненіе обязательства часто влечетъ за собою его мгновенное прекращеніе. Въ обоихъ случаяхъ обязательство очевидно имѣетъ цѣлью не подчиненіе самой личности, а только увѣренность въ исполненіи. И даже въ болѣе рѣдкихъ случаяхъ, когда обязательство имѣетъ предметомъ непрерывныя дѣйствія неопредѣлен-

---

(c) Это различіе, по которому существо обязательства состоитъ въ исполненіи должника, имѣетъ важныя практическія послѣдствія. Ср. System, т. 8, стр. 201.

(d) Относительно природы дѣйствій, свойственныхъ обязательству, ср. Hegel Philosophie des Rechts § 67. Puchta Cursus III стр. 2, 3. Pandecten § 220.

ной продолжительности, каковы, напримѣръ, довѣренность или товарищество и тогда указанныя нами естественныя отношенія въ обязательственныхъ дѣйствіяхъ охраняются свободой объявленія о прекращеніи обязательства.

Опредѣленный нами характеръ разсматриваемыхъ дѣйствій выступаетъ еще ярче при сравненіи ихъ съ сервитутами. Обязательство ограничиваетъ естественную свободу лица, сервитутъ—естественную свободу собственности. Но и существованіе сервитутовъ также ограничивается узкими предѣлами, чтобы не отягощать собственность безъ нужды неосновательнымъ произволомъ частныхъ лицъ. Предѣлы состоятъ частью въ продолжительности права, какъ при личныхъ сервитутахъ, (e) частью—въ объемѣ самаго права, которое, по отношенію къ поземельнымъ сервитутамъ, допускается только въ томъ случаѣ, когда осуществленіе его приноситъ сосѣднему землевладѣльцу выгоду чрезъ посредство его недвижимой собственности, а не чисто личную (f).

Въ обоихъ случаяхъ въ основаніи лежитъ тотъ общій принципъ, что ограниченіе естественной свободы (лица или собственности) должно быть допускаемо и охраняемо юридическими институтами, не свыше дѣйствительныхъ потребностей гражданскаго оборота. Этимъ же принципомъ объясняется изрѣченіе римскаго юриста, что при сомнѣніи слѣдуетъ поддерживать прекращеніе обязательства и отрицать его существованіе. (g). Справедливость этого, по видимому, односторонняго изрѣченія подтверждается съ чисто практической точки зрѣнія тѣмъ, что вѣритель (истецъ), какъ сторона нападающая, имѣетъ громадное преимущество предъ

(e) L. § 2 L. 56 de usufructu (7. 1) Ср. System т. 1. § 56. d.

(f) L. 8 pr. de serv. (8. 1.) L. 4. 5. 6. de serv. pr. rust. (8. 3).

(g) L. 47 de O. et A. (44. 7).... Ubi obligando quaeritur, propensiones esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum. Ubi de liberando, ex diverso, ut facilior sis ad liberationem. Ср. также L. 125 de R. J. (50 17). Практическое примѣненіе этого принципа встрѣтится намъ впослѣдствіи во многихъ случаяхъ, между прочимъ въ § 19. Далѣе въ вопросѣ о пріобрѣтеніи обязательствъ чрезъ посторонникъ лицъ.

своимъ противникомъ въ томъ отношеніи, что отъ него зависитъ приблизить или отдалить моментъ предъявленія иска, смотря потому, когда ему это полезно, а противнику его вредно. Это важное практическое соображеніе было уже разсмотрѣно при изложеніи института исковой давности. (System. т. 5. стр. 271.)

Далѣе, обязательственныя дѣйствія были охарактеризованы выдѣленными (ausscheidend) изъ собственной свободы обязавшагося лица. Съ этой точки зрѣнія, существо обязательства представляется превращеніемъ дѣйствій, бывшихъ случайными и возможными событіями, въ необходимыя и извѣстныя. Да и вся цѣль обязательствъ состоитъ въ обезпеченіи за вѣрителемъ возможности съ увѣренностью разсчитывать на наступленіе этихъ событій.

Но только тѣ дѣйствія могутъ быть предметомъ обязательствъ, которыя способны выражаться во внѣшней формѣ, становясь такимъ образомъ, подобно вещамъ, въ подчиненіе чужой волѣ; предполагается еще, что дѣйствія эти имѣютъ имущественную цѣнность или способны къ денежной оцѣнкѣ. (h). Напр. можно представить себѣ соглашеніе нѣсколькихъ лицъ составлять правильныя собранія съ цѣлію усовершенствованія въ наукахъ и искусствахъ. Хоть это соглашеніе и способно облечься во внѣшнюю форму договора, но изъ него не можетъ возникнуть обязательства къ условленной дѣятельности.

Дѣйствіе, составляющее предметъ обязательства, обозначается еще нѣсколькими спеціальными выраженіями. Оно называется то удовлетвореніемъ (Leistung), то исполненіемъ (Erfüllung). Первое выраженіе обозначаетъ преимущественно обязательственную дѣятельность должника; второе главнымъ образомъ — результатъ, долженствующій произойти изъ обязательства, результатъ — необходимость и несомнѣнность котораго и составляетъ цѣль обязательства.

(h) L. 9. § 2. de statulib. (40. 7)„.... ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt“.... Ср. System T. 1. § 56 стр. 369. 377.

§ 3.

ПОНЯТІЕ (ПРОДОЛЖЕНІЕ). ТЕХНИЧЕСКІЯ ВЫРАЖЕНІЯ.

Изложенное юридическое отношеніе между двумя лицами, гдѣ одно лицо представляется отчасти не свободнымъ, обозначается римскимъ техническимъ выраженіемъ obligatio (a). Это выраженіе обнимаетъ собою два, въ сущности различныя и даже противуположныя состоянія, а потому примѣненіе его и къ расширенной свободѣ кредитора (b), и къ ограниченной свободѣ должника—будетъ одинаково послѣдовательно; состояніе же должника сверхъ того съ древнѣйшихъ временъ технически обозначалось выраженіемъ: opportet (c). Даже оба состоянія, въ ихъ взаимодѣйствіи, обозначаются общимъ выраженіемъ: obligatio (d). Но кромѣ этого юридическаго отношенія есть еще множество случаевъ юридической необходимости; къ нимъ выраженіе obligatio технически не

(a) Pr. J. de oblig. (3. 13), „obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei.“ L. 3. pr. de O. et A. (44. 7). „Obligationum substantia.. in eo consistit.... ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.

(b) L. 1 § 1. de div. rer. (1. 8)„... ipsum jus successionis, et ipsum jus utendi fruendi, et ipsum jus obligationes, incorporale est.“ Тоже самое гласитъ § 2 J. de rec. incorp. (2. 2) L. 128 de V. O. (45. 1.) „Suae obligationes“. Такое примѣненіе весьма характеристично обозначается часто встрѣчающимся выраженіемъ: adquirere obligationem, которое прямо указываетъ на право требованія. L. 126 § 2 de V. O. (45. 1), L. 46 pr. de j. dot (23. 3), § 4 J. de inut. stip. (3. 19), rubr. Inst. III. 28.

(c) L. 36 de reb. cred. (12. 1). Obligatio tua adversus me. „Точно также выраженіе actio, означающее прямо дѣятельность вѣрителя, употребляется и для обозначенія (несвободнаго) состоянія должника. L. 8 quod cujusque unuv. (3. 4) „per actiones debitorum civitatis, agentibus satisfieri oportet.“ Древнее техническое выраженіе, спеціально-употреблявшееся въ исковыхъ формулахъ для обозначенія несвободнаго состоянія должника, — это opportet. L. 37 de U. S. (50. 16) L. 76 § 1. L. 89. L. 125 de V. O. (45. 1). L. 27 de nov. (46. 2). Ср. System B. 5. § 216. g. S. 80.

(d) § 1 J. de duob. reis. (3. 16)„... In utraque tamen obligatione una res vertitur, et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo, omnium perimit obligationem et omnes liberat.“

примѣняется (e); такъ, противополагается обязательству (obligatio) (f) необходимость признавать чужую собственность; тоже самое нужно сказать и о всякой необходимости, установленной верховной властью (g) и, наконецъ, о необходимости, вытекающей въ процессѣ изъ судебнаго рѣшенія и для подчиненія которой должника кредиторъ не имѣетъ права иска. (h).

Указанные термины, бывшіе въ употребленіи у Римлянъ, вполнѣ согласовались съ юридическими понятіями; вѣрное и точное пониманіе ихъ представляется чрезвычайно важнымъ тѣмъ болѣе, что издавна уже распространилась другая терминологія, сильно отъ нихъ уклонившаяся; основные принципы ея слѣдующіе. Съ одной стороны, представляется право лица, въ смыслѣ признаннаго и охраняемаго господ-

---

(e) Я вовсе не хочу утверждать, чтобы въ этомъ отношеніи не было никакихъ исключеній. Такъ Ульпіанъ говоритъ въ L. 3 pr. de cens. (50. 15)„.... usque ad sexagesimum quintum annum tributo capitis obligantur.“ Но подать собственно не была обязательствомъ (obligatio), а государственною обязанностью. Однако каждую слѣдующую къ платежу податную сумму можно понимать какъ obligatio по отношенію къ казнѣ. Ср. ниже примѣч. K. въ концѣ.

(f) § 1 J. de act. (4. 6)„Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est... aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est.... quo casu proditae actiones in rem sunt: veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet.

(g) L. 7 de annuis legatis. (33 1)„... In testamentis quaedam scribuntur, quae ad auctoritatem duntaxat scribentis referuntur, nec obligationem pariunt... Et in omnibus, ubi auctoritas sola testatoris est, neque omnimodo spernenda, neque omnimodo observanda est: sed interventu judicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci.“ Въ этомъ случаѣ Judex избранъ какъ отвлеченный представитель власти. Когда, какъ въ только что приведенномъ примѣрѣ, завѣщатель сдѣлалъ распоряженіе о воспитаніи дѣтей, властью этой былъ преторъ; въ другихъ случаяхъ, когда распоряженіе касалось сооруженія памятника,—ею былъ императоръ или pontifices. L. 50 § 1 de her. pet. (5. 3). Ср. Majans. ad XXX. Ic. fragm. T. 1 p. 338. Во всѣхъ этихъ случаяхъ власть, по произволу, могла осуществить это полномочіе, или нѣтъ.

(h) L. 49 § 1 de act. emt. (19 1)„ cum hae (usurae) non sint in obligatione, sed officio judicis praestentur.“ L. 54 pr. loc. (19. 2), h. 58 pr. ad Sc. Treb. (36. 1). Въ томъ же смыслѣ, въ другомъ мѣстѣ judicis potestas противуполагается juris necessitati L. 40 pr. de jud. (5. 1).

ства, или власти, безъ различія предметовъ и основаній происхожденія; съ другой, этому праву противуполагается обязанность, называемая также обязательствомъ или связью, въ смыслѣ необходимости, тяготѣющей на одномъ, нѣсколькихъ или многихъ лицахъ — подчиняться ему и не нарушать его. Право это называется jus, обязанность—obligatio. Такимъ образомъ, праву (jus) вѣрителя соотвѣтствуетъ обязанность (obligatio) должника; также какъ и праву (jus) собственника—обязанность (obligatio) всѣхъ прочихъ людей не нарушать его права.

Такая терминологія представляется ложною и сбивчивою по двумъ различнымъ основаніямъ. Во первыхъ, ею затемнѣно естественное сродство (родство) и различіе юридическихъ понятій; во вторыхъ, употребленіе римскаго выраженія obligatio, въ смыслѣ совершенно чуждомъ Римлянамъ, можетъ служить камнемъ преткновенія къ точному пониманію содержанія нашихъ источниковъ (i). Съ одной стороны, здѣсь истинный смыслъ этого выраженія слишкомъ съуженъ, такъ какъ obligatio прилагается только къ состоянію обязавшагося лица, но не вѣрителя, т. е. не къ обоюдному отношенію обоихъ лицъ; съ другой стороны, онъ слишкомъ расширенъ въ томъ отношеніи, что подъ это выраженіе подводятъ не только институты обязательственнаго права (значеніе, которое мы придавали выше этому выраженію), но и всѣ другіе отдѣлы гражданскаго права, какъ напр. вещное право; мало того, этому выраженію придается даже смыслъ, выходящій за предѣлы гражданскаго права и его распространяютъ напр. на obligatio подданныхъ по отношенію къ государству.

Въ основаніи выраженія obligatio лежитъ представленіе о связи, почему оно и выбрано для наглядnаго изображенія состоянія несвободной, или связанной воли; оно соотвѣтствуетъ цѣлому ряду техническихъ выраженій, употребляв-

---

(i) Hugo во многихъ своихъ сочиненіяхъ ревностно старался опровергнуть это заблужденіе, а въ особенности подробно въ Civilistischen Magasin. т. 3 Num XX. Разбираемая нами важная теорія и терминологія проникла и въ новѣйшія законодательства. возникшія во время ея господства, каково напр. Preuszisches Landrecht національное прусское право. Подробно говоритъ объ этомъ Koch—Forderungen I. § 2.

шихся то въ формѣ глагола, то въ формѣ существительнаго: nectere и nexum, contrahere и contractus, solvere и solutio.

Слово obligatio имѣетъ еще слѣдующія значенія: во первыхъ, подъ нимъ разумѣется источникъ самаго юридическаго отношенія, т. е. обязательственное дѣйствіе (k), далѣе, закладъ вещи, такъ какъ въ этомъ случаѣ вещь ставится въ такое же отношеніе, какъ должникъ въ обязательствѣ (obligatio) (l).

Особенное состояніе обоихъ лицъ, вступившихъ въ обязательство (obligatio), означается выраженіями: creditor и debitor, creditum и debitum; эти термины должны считаться общеупотребительными, безъ различія происхожденія обязательства (obligatio) (m).

Но такое общее значеніе выраженія эти получили только въ эпоху позднѣйшаго развитія римскаго права; первоначально же примѣнялись къ одному займу (n). Для обозначенія обоихъ лицъ служило общее выраженіе—Reus. (o).

§ 4.

понятіе (продолженіе). Аналогіи.

Въ другомъ мѣстѣ было уже указано на важность,—для основательнаго пониманія сущности юридическихъ институтовъ,—

(k) L. 1 § 21 de tut. et rat. distr. (27. 3) „In tutela exuna obligatione duas esse actiones constat.“ Точно также въ выраженіяхъ: verborum, literarum obligatio. Тоже самое въ L. 22 C. de agric. (11. 47) „tunc ex utroque genere obligationis. id est. tam scripturae, quam confessionis. vel depositionis, talem cum esse credendum, qualem se et scripsit, et inter acta deposuit.“ Впрочемъ, возникшее такимъ образомъ отношеніе колона къ господину въ строгомъ смыслѣ не есть obligatio; но текстъ этотъ тоже относится ко времени Юстиніана.

(l) Такъ уже въ выраженіи obligatio praediorum временъ Траяна и во многихъ другихъ текстахъ древнихъ юристовъ; точно также nectere pignori, напр. въ L. 52 § 2 de pactis (2 14), L. 27 de pign. act. (13. 7).

(m) L. 10. 11. 12. pr. 108 de U. S. (50. 16)—L. 3 fam. herc. (10. 2), L. 1 de compens. (16. 2).

(n) L. 20 de jud. (5. 1) L. 5 § 3 de O. A. A. (44. 7) Ясное указаніе на такое измѣненіе терминологіи находится въ L. 10. 11 de U, S. (50. 16). Ср. System т. 5. стр. 513.

(o) Pr J de duobus reis. (3. 16), L 1. L. 16 de duob. reis (45. 2) Festus v reus и v contestari.

внимательнаго изслѣдованія ихъ дѣйствительнаго или кажущагося сходства съ другими институтами. (a) Обязательственное право имѣетъ двоякаго рода аналогію: съ семейнымъ и вещнымъ правами; оно занимаетъ, такъ сказать, средину между ними.

Съ перваго взгляда, аналогія съ семейнымъ правомъ кажется преобладающею: и то и другое установляетъ связь между двумя отдѣльными и опредѣленными лицами. Но, при болѣе внимательномъ разсмотрѣніи, это кажущееся сходство, въ виду болѣе существеннаго различія, совершенно исчезаетъ, такъ какъ цѣль обязательствъ состоитъ въ подчиненіи отдѣльныхъ дѣйствій чужой волѣ; напротивъ, цѣль семейнаго права—естественно-нравственныя жизненныя отношенія, постоянно вырабатываемыя и осуществляемыя свободнымъ взаимодѣйствіемъ отдѣльныхъ членовъ семейства (b). Болѣе существенное сходство, напротивъ, представляется между обязательствами и вещно-правовыми отношеніями, основаніемъ которыхъ служитъ собственность. Хотя въ собственности мы не видимъ двухъ отдѣльныхъ лицъ, составляющихъ сущность обязательства, но зато оба эти института аналогичны въ томъ смыслѣ, что и обязательство и собственность состоятъ въ господствѣ опредѣленнаго лица надъ частицею внѣшняго міра. Вслѣдствіе этого оба вмѣстѣ образуютъ имущественное право и представляются соотносительными его частями. Въ самомъ дѣлѣ, въ основаніи вещнаго права лежитъ раздѣляющій, обособляющій, а въ обязательственномъ — связывающій, соединяющій принципъ имущественнаго права. (c) Сверхъ того, между обязательствами и собственностью есть два еще болѣе близкія соотношенія. Одно состоитъ въ томъ, что дѣйствія, свойственныя обязательству, допускаютъ денежный эквивалентъ (§ 2. h.); другое — въ томъ, что большая часть обязательствъ, и при томъ самыя важныя изъ нихъ, имѣютъ конечною цѣлью пріобрѣтеніе собственности или пользованіе ею. (d)

(a) System т. 1. Vorrede стр. XXXVI.
(b) System т. 1. § 58. стр. 387.
(c) System т. 1. § 56. 58.
(d) System т. I. стр. 339, 372 — 374. При этомъ считаю не лишнимъ предупредить, что преувеличенное значеніе, придаваe-

При сравненіи обязательственнаго права во всей его цѣлости съ другими аналогичными частями системы права, выступаютъ слѣдующія, свойственныя только обязательствамъ, характеристическія черты. Обязательственное право въ юридической жизни нашего времени пріобрѣтаетъ, очевидно, все большее и большее значеніе сравнительно съ другими правами, такъ какъ въ немъ, главнымъ образомъ, находятъ удовлетвореніе наши нужды и потребности. Далѣе, римскія юридическія понятія и принципы обязательственнаго права сохранили свою силу преимущественно предъ всѣми другими областями права. (e) Наконецъ, обязательственное право выдѣляется среди другихъ правъ особенною способностью къ комбинаціямъ (Biegsamkeit). Свобода лицъ, вступающихъ въ юридическія отношенія, является здѣсь менѣе ограниченною, нежели въ вещномъ и семейномъ; вотъ почему въ обязательственномъ правѣ слѣдуетъ, главнымъ образомъ, искать точки соприкосновенія и соглашенія права съ новыми потребностями (f)

Послѣдняя характеристическая черта обязательственнаго права приводитъ насъ къ спеціальному изслѣдованію отношенія юридическихъ фактовъ (juristische Thatsache) къ обязательствамъ. Понятіе объ этихъ фактахъ дано уже въ другомъ мѣстѣ. (g). Но для полнаго уясненія самаго понятія, нужно теперь прибавить, что юридическіе факты вообще проявляются двояко: во первыхъ, въ видѣ общихъ необходимыхъ функцій, какъ фактическія условія правильнаго п р и м ѣ н е н і я (Anwendung) юридическихъ нормъ; такъ напр., въ случаѣ пріобрѣтенія и потери собственности давностью или передачей при возникновеніи обязательствъ изъ договора или преступленія и прекращеніи ихъ вслѣдствіе исполненія или договора. Но, сверхъ того, факты могутъ имѣть значеніе спеціальной и со-

---

мое нѣкоторыми писателями послѣднему сходству, можетъ повести къ затемнѣнію истиннаго отношенія между этими двумя институтами.

(e) Объ эти черты обязательственнаго права чрезвычайно рельефно выставлены Пухтой. Vorlesungen § 298.

(f) Ср. System т. 1, § 16.

(g) System т. 3. § 104.

вершенно случайной функціи, каковы дѣйствительныя условія для произвольной модификаціи (Umbildung) юридическихъ нормъ. На этомъ основывается весьма распространенное у новѣйшихъ писателей воззрѣніе и связанная съ нимъ терминологія. По этому воззрѣнію въ юридическихъ отношеніяхъ различаются факты: essentialia, naturalia и accidentalia (h). Въ пользу этого воззрѣнія говоритъ то вѣрное соображеніе, что въ юридическихъ отношеніяхъ возможны троякаго рода условія: 1) такія, за отсутствіемъ которыхъ, измѣняется самое понятіе объ юридическомъ отношеніи, такова напр. при займѣ передача собственности; 2) такія, которыя обыкновенно связаны съ юридическимъ отношеніемъ, но, по произволу, могутъ быть исключены или измѣнены, напр. diligentia, возлагаемая закономъ на продавца и нанимателя; 3) такія, которыя обыкновенно не соединяются съ юридическимъ отношеніемъ, но, по произволу, могутъ быть съ нимъ соединены, напр. условіе при договорахъ или особенная дѣятельность, возлагаемая на продавца вещи, кромѣ ея передачи, въ силу pactum adjectum. Въ обоихъ послѣднихъ случаяхъ юридическіе факты могутъ получить значеніе модифицирующей функціи, которую, во избѣжаніе смѣшенія понятій, всегда должно отличать отъ общей функціи фактовъ, обусловливающей правильное примѣненіе юридическихъ нормъ. Напр., если продается домъ за 1000 руб. или если завѣщатель назначаетъ наслѣдниками двухъ лицъ въ равныхъ частяхъ, то эти юридическіе факты не имѣютъ ничего общаго съ раздѣленіемъ на essentialia, naturalia и accidentalia.

Изложенное выше воззрѣніе существовало несомнѣнно и у римскихъ юристовъ, а потому посмотримъ въ какомъ отношеніи находились ихъ техническія выраженія къ этому воззрѣнію.

Essentialia новѣйшихъ писателей означалось у Римлянъ въ приложеніи къ обязательствамъ поперемѣнно двумя выраженіями: во первыхъ, черезъ substantia,—выраженіе, недающее повода ни къ какимъ недоразумѣніямъ (i), и затѣмъ, гораздо

(h) Avenarius. Interpret. L. 4. C. 12. Мюленбрухъ § 104.

(i) L. 27. pr. de contr. emt. (18. 1)„... emtionis substantia constitit ex pretio,“ т. е. существо договора купли-продажи за-

чаще, выраженіемъ natura (k); послѣднее они употребляли также для обозначенія сущности (substantia) сервитутовъ (1);

Въ большемъ количествѣ случаевъ и naturalia новѣйшихъ писателей обозначаются у Римлянъ словомъ natura. Это слово выражаетъ собою несомнѣнныя слѣдствія извѣстнаго юридическаго отношенія, могущія тѣмъ не менѣе подвергнуться модификаціи по произволу (m). Такимъ образомъ, выраженіе natura оказывается неточнымъ, и требуетъ особенной осторожности при истолкованіи источниковъ.

Нѣкоторые новѣйшіе писатели пытались примѣнить къ тѣмъ случаямъ, гдѣ юридическіе факты являются модифицирующими правовыя нормы, слово автономія (Autonomie); но противъ этого термина уже высказаны были достаточныя возраженія (n).

Все сказанное выше о двоякой функціи юридическихъ фактовъ и связанныхъ съ ними предметахъ приложимо въ сущ-

---

ключается въ условленной цѣнѣ, такъ что измѣненіе цѣны установило бы новый договоръ.—Также точно obligationum substantia въ L. 3 pr de O. et A. смотри выше § 3. a.

(k) L. 12 § 2 quod metus (4. 2) „propter naturam metus causa actionis, quae damnum exigit.“ L. 5 inf. de fidejuss. (46. 1)„..quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut... altera consumeretur.“ L. 9 § 1 de duob. reis (45. 2) „statum et naturam obligationis... mutare non potest.“ Сравни L. 14 § 13 de relig. (11. 7). L. 139 de V. O. (45. 1) „indivisa natura.“

(l) L. 15 § 1 de serv. (8. 1) „Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis... sed ut aliquid patiatur aut non faciat.“ Совершенно неправильно объясняетъ здѣсь Averanius l. c. num. V. выраженіе natura какъ правильное, но подверженное произвольнымъ измѣненіямъ и относитъ это къ аномальной servitus oneris ferendi, которая во всякомъ случаѣ можетъ быть обращена на положительное дѣйствіе.—Если бы въ этомъ мѣстѣ выраженію „natura“ былъ бы приданъ тотъ смыслъ, который новѣйшіе ученые придаютъ понятію naturalia, можно было бы по произволу *во всѣхъ* сервитутахъ установить „facere“ а не исключительно въ такомъ одиноко стоящемъ, рѣдкомъ и малозначущемъ случаѣ.

(m) L. 11. § 1 de act. emt. (19. 1) „quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt hujus judicii potestati.“ L. 5 § 4 de praescr. verb. (19. 5) „potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere.“ L. 27 § 2 de pactis (2. 14) „quotiens enim ad jus, quod lex naturae ejus tribuit, de dote actio redit“.... Ср. L. 7 § 5 de pactis (2. 14), L. 24 inf. depos. (16. 3), L. 21 de test. (22. 5).

(n) System. т. 8, § 360, примѣчанія a, b, c.

ности ко всѣмъ частямъ системы и права. Я нашелъ удобнѣйшимъ помѣстить ихъ въ ученіи объ обязательствахъ потому, что въ этой части системы модифицирующій произволъ играетъ самую важную роль, вслѣдствіе чего, въ юридическихъ сдѣлкахъ и, особенно, въ договорахъ (o), различныя функціи юридическихъ фактовъ, получаютъ самое частое и самое важное примѣненіе.

§ 5.

II. Виды обязательствъ. Civilis и naturalis obligatio. Понятіе.

A. D. Weber Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit 1784 нѣсколько разъ затѣмъ изданное, между прочимъ Leipzig 1825 (Я цитирую по третьему изданію 1800).

A. F. E. Lelièvre-quid est obligatio naturalis ex sententia Romanorum. Lovanii 1826. 4.

L. de Pfordten de obligationis civilis in naturalem transitu Lips. 1843. 8. Puchta Pandekten § 237, Vorlesungen § 237, Cursus B. 3 § 268.

Для полнаго развитія понятія объ обязательствахъ, небходимо изложить тѣ противоположности, которыя въ немъ замѣчаются. Здѣсь умѣстно упомянуть только о civilis и naturalis obligatio, какъ о видахъ, на которые распадается родовое понятіе обязательства. Хотя другіе писатели ставятъ наравнѣ съ этими видами еще другія подраздѣленія, напр. на односторонніе и двусторонніе, главные и принадлежностные (акцессорные)—и т. д.; но сущность всѣхъ подобныхъ дѣленій будетъ гораздо нагляднѣе при изложеніи ихъ въ связи не съ самимъ понятіемъ обязательства, а съ источниками его происхожденія, и преимущественно съ договорами, какъ самомъ важномъ источникѣ.

(o) System. т. 3, § 104, 114, 140 и 141.

Различіе civilis и naturalis obligatio находится въ очевидной зависимости отъ изложеннаго въ другомъ мѣстѣ противоположенія jus civile и jus gentium, (a); слѣдовательно, оно сродно съ дѣленіемъ способовъ пріобрѣтенія собственности на гражданскіе и естественные (b) и съ гражданскимъ и естественнымъ родствомъ (c), но общаго признанія такой зависимости въ данномъ случаѣ однако недостаточно, тѣмъ болѣе, что въ обязательствахъ она проявляется въ различныхъ отношеніяхъ, которыя слѣдуетъ обособлять.

Дѣленіе обязательствъ на гражданскія и естественныя относится во 2-хъ къ ихъ происхожденію (Ursprung), за тѣмъ къ личной правоспособности (Rechtsfähigkeit) и, наконецъ, къ характеру и степени ихъ дѣйствительности; хотя всѣ эти отношенія тѣсно связаны между собою, но вмѣстѣ съ тѣмъ каждое имѣетъ свой отличительный характеръ, почему и необходимо обратить особенное вниманіе не только на уясненіе самого понятія, но и на терминологію.

А) Относительно происхожденія — одни обязательства возникли прямо изъ jus gentium, другія совершенно чужды ему, и происхожденіемъ своимъ обязаны только римскому jus civile (d).

Это дѣленіе не слѣдуетъ, однако, понимать въ томъ смыслѣ, что обязательства, возникшія изъ jus gentium, оставались чуждыми цивильному праву. Напротивъ, они могли получить признаніе и санкцію послѣдняго; и, въ самомъ дѣлѣ, большинство обязательствъ и важнѣйшія изъ нихъ принадлежатъ обѣимъ системамъ (примѣч. d). Но по ту и другую сторону этого большинства есть еще два класса, которыя представля-

---

(a) Относительно этого противоположенія ср. System т. 1 § 22.
(b) § 11 S. de div. rerum (2. 1).
(c) L. 4. § 2. de grand. (38. 10).
(d) L. 84 § 1. de R. J. (50. 17) „Js natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus.“—§ 2. F. de j. nat. (1. 2) „Ex hoc jure gentium omnes pene contractus introduct sunt ut emptio-venditio, locatio-conductio,... mutuum, et alii innumerabiles.“—L. 5 de just. et jure (1. 1). Ex hoc jure gentium... obligationes institutae: exceptis quibusdam, quae jure civili introductae sunt.“

ются исключеніями изъ правила, хотя въ различномъ смыслѣ: съ одной стороны стоятъ естественныя обязательства, не получившія санкціи цивильнаго права по исключенію,—объ нихъ мы скажемъ подробно при изложеніи третьей точки зрѣнія на дѣленія (по отношенію дѣйствительности) (§ 7), съ другой — обязательства чуждыя jus gentium и возникшія исключительно изъ цивильнаго права.

И такъ, теперь разсмотримъ подробно только обязательства: общія обѣимъ системамъ и исключительно принадлежащія цивильному праву. Но было бы несправедливо считать оба разряда двумя равными частями, на которыя распадается все содержаніе обязательственнаго права; скорѣе слѣдуетъ разсматривать обязательства, общія обѣимъ системамъ, какъ преобладающую часть, господствующее правило, а чисто-цивильныя — какъ исключенія (e). Также было бы несправедливо связывать съ этимъ дѣленіемъ различную степень дѣйствительности, полагая, напр., что чисто-цивильныя обязательства защищаются болѣе строгими исками, чѣмъ возникшія изъ jus gentium, потому что послѣднія имѣютъ разнообразнѣйшіе иски-преторскіе, цивильные l. f. actiones и кондикціи (f).

Главная задача состоитъ въ отысканіи болѣе глубокаго разграниченія этихъ разрядовъ обязательствъ; и, въ самомъ дѣлѣ, оно сводится къ слѣдующимъ принципамъ:

Къ jus gentium принадлежатъ всѣ обязательства, основанныя не на произвольномъ предписаніи, а на naturalis ratio— естественно-юридическомъ элементѣ (g); это несомнѣнно приводитъ къ возможности происхожденія всякаго обязательства отъ трехъ независимыхъ другъ отъ друга источниковъ:

Свободная воля должника (договоръ).

Безъосновательное обогащеніе чужимъ имуществомъ (h).

(e) L. 5 de just. et jure (см. примѣч. d).

(f) Заемъ происходитъ изъ jus gentium (§ 2. F. de j. nat. см. выше (примѣч. d), и всетаки влечетъ за собою condictio; точно также къ jus gentium принадлежатъ и кондикціи изъ неосновательнаго обогащенія: L. 25 rer. amot. (25. 2).

(g) System. т. 1. § 15, стр. 55.

(h) L. 25 rer. amot. (25. 2) „jure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex justa causa possident.“—L. 14 de cond. ind.

Правонарушеніе, по скольку искъ, имѣетъ цѣлью простое возмѣщеніе убытковъ.

Обязательства, принадлежащія jus civile и чуждыя jus gentium, суть слѣдующія:

a) Одни изъ нихъ относятся къ области правильнаго гражданскаго оборота; таковы обязательства, основывающіяся на произвольныхъ формахъ, созданныхъ народными нравами.

Literarum obligatio (изъ домашняго регистра римскаго гражданина).

Nexi obligatio (изъ операціи aes et libra предъ 5-ю свидѣтелями);

Наконецъ, сюда же слѣдуетъ причислить stipulatio, въ виду того, что вопросъ и отвѣтъ, какъ формы договора, коренятся въ обычаѣ, свойственномъ народу. Объ этомъ будетъ еще рѣчь впереди.

Однако всѣ эти обязательства имѣютъ двойственный характеръ. Положительную форму и сопряженную съ нею особенную дѣйствительность они заимствуютъ изъ jus civile; но насколько въ основаніи ихъ лежитъ воля сторонъ, всякая подобная сдѣлка можетъ быть отнесена къ jus gentium, какъ и всякій не формальный договоръ.

b) Другія обязательства относятъ къ области нарушеннаго юридическаго порядка и учрежденій, его охраняющихъ и возстановляющихъ. Сюда принадлежатъ rei judicatae obligatio. И въ самомъ дѣлѣ, хотя желательно, чтобъ всякое законное рѣшеніе исполнялось безусловно, даже рискуя причинить неправду, но все-таки этотъ принципъ представляется искусствен-

---

(12. 6) „natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.“ L. 15 pr. de cond. ind. (12. 6). „Indebiti soluti condictio naturalis est.“ L. 5 pr. de auct. (26. 8)„.. cum solus tutor mutuam pecuniam pupillo dederit, vel ab eo stipuletur, non erit obligatus tutori: naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus est: nam in pupillum non tantum tutori, verum cuivis actionem, in quantum locupletior factus est, dandam D. Pius rescripsit.“ (Изъ этихъ послѣднихъ словъ очевидно, что здѣсь naturaliter obligari означаетъ не какое-либо несовершенное обязательство (неисковое), но именно исковое, а между тѣмъ происхожденіе его должно приписать jus gentium). ср. далѣе § 23 b. c. d.

нымъ учрежденіемъ положительнаго права и не долженъ быть выводимъ изъ naturalis ratio (i).

Къ этому же разряду, въ особенности, относятся иски изъ деликта, насколько они имѣютъ въ виду не просто возстановленіе нарушеннаго права путемъ вознагражденія, но и штрафъ— такъ какъ всякій штрафъ чуждъ naturalis ratio и основывается на учрежденіяхъ положительнаго права, что видно уже изъ совершенно-произвольной мѣры штрафа.

Ближайшее разсмотрѣніе обязательствъ, принадлежащихъ къ jus civile, приводитъ къ убѣжденію, что удовлетворительный юридическій порядокъ возможенъ и безъ нихъ; стало быть они представляются, въ нѣкоторомъ смыслѣ, излишними. И, въ самомъ дѣлѣ, упомянутыя договорныя формы изчезли уже изъ Юстиніановскаго права; что же касается штрафовъ, то они во всякомъ случаѣ неизбѣжны. Если же они существуютъ не только въ уголовномъ, но отчасти попадаются и въ обязательственномъ правѣ, то это результатъ вліянія положительныхъ институтовъ. Количество случаевъ послѣдняго рода значительно съужено при Юстиніанѣ, а въ дѣйствующемъ римскомъ правѣ уцѣлѣли только кое-какіе слѣды ихъ.

§ 6.

II. Виды обязательствъ. Civilis и naturalis obligatio. Понятіе. (продолженіе).

B. По отношенію къ личной правоспособности—существуютъ обязательства, доступныя для всѣхъ, и присвоенныя однимъ римскимъ гражданамъ. Здѣсь имѣютъ значеніе тѣже замѣчанія, которыя были высказаны уже по поводу предыдущей точки зрѣнія (§5. e. f.) Рѣчь не идетъ о двухъ равныхъ категоріяхъ обязательствъ: общедоступныя обязательства составляютъ преобладающее большинство; присвоенныя же однимъ Римлянамъ — не значительное число исключеній; точно также здѣсь нѣтъ никакого различія и въ отношеніи дѣйствитель-

---

(i) System т. 6 § 280, т. 5 § 249. c.

ности: и изъ числа общедоступныхъ обязательствъ нѣкоторыя снабжены высшею степенью дѣйствительности, каковъ, напр. заемъ.

Вообще различіе это находится въ тѣсной связи съ только что изложеннымъ (§ 5). А именно: здѣсь имѣетъ безусловную силу правило, что всѣ обязательства, происшедшія изъ ius gentium въ тоже время и общедоступны, какъ для перегриновъ—такъ и для римскихъ гражданъ,. стало быть, juris gentium obligatio всегда имѣетъ двоякій смыслъ: во-первыхъ оно указываетъ на происхожденіе обязательствъ и во 2-хъ, на всеобщую личную способность обязываться ими. Такъ, по отношенію къ займу, есть ясное указаніе, что онъ произошелъ ex jure gentium (a), и что онъ равно доступенъ для всѣхъ (b): оба эти свойства передаются однимъ и тѣмъ же выраженіемъ. Точно также juris civilis obligatio означаетъ обязательство, происшедшее непосредственно изъ цивильнаго права и стало быть доступное только римлянину. (c) Такимъ образомъ, эта часть изслѣдованія значительно упрощается и требуетъ лишь нѣсколькихъ болѣе подробныхъ замѣчаній объ обязательствахъ, свойственныхъ однимъ Римлянамъ. По поводу literarum obligatio возникъ слѣдующій споръ. Прокуліанцы отрицали по отношенію къ перегринамъ всякую обязанность, истекавшую изъ nomen Римлянина, Сабиніанцы же отвергали ее только при transcriptio a persona in personam (прим. c). Сомнѣніе по отношенію къ этому вопросу вообще, (не касаясь модификацій сомнѣнія сабиніанцевъ) можетъ быть объясняемо слѣдующимъ образомъ. Весь этотъ контрактъ осно-

---

(a) § 2 F. de j. nat. (1. 2). см. выше § 5. d.

(b) Gajus Lib. 3 § 132 „Unde proprie dicitur, arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur: quod genus obligationis juris gentium est.“

(c) Gajus, Lib. 3 § 133. „Transcripticiis vero nominibus an obligentur peregrini, merito quaeritur, quia quodam modo juris civilis est talis obligatio: quod Nervae placuit. Sabino autem et Cassio visum est, si a re in personam fiat nomen transcripticium etiam peregrinos obligari: si vero a persona in personam, non obligari.“

вывался на правильномъ введеніи римскихъ домашнихъ книгъ, т. е. на обычаѣ, свойственномъ однимъ Римлянамъ; почему и возможно этотъ контрактъ причислить къ jus civile, сдѣлавъ его недоступнымъ для перегриновъ. Однако сущность контракта состояла не въ письменномъ документѣ, общемъ контрагентамъ, а въ односторонней запискѣ вѣрителя, expensilatio, (только съ согласія должника); потому послѣдовательность требуетъ признать, что Римлянинъ, вслѣдствіе expensilatio, внесенный въ свою домашнюю книгу, съ согласія перегрина, обращалъ послѣдняго въ своего должника; причемъ помѣхой обязательству не служило то обстоятельство, что перегринъ не велъ и не могъ вести римскаго codex accepti et expensi (d).

При nexi obligatio, безъ всякаго сомнѣнія, существовало такое же личное ограниченіе, какъ при родственной ей манципаціи; слѣдовательно, иностранцы во всякомъ случаѣ исключались (e). Можно даже усумниться въ томъ, допускались-ли Латиняне, участвовавшіе наравнѣ съ римскими гражданами въ манципаціи,—также и къ nexum, о которомъ до насъ дошло такъ мало свѣдѣній.

Возможность пользоваться правомъ стипуляціи можно было бы также ограничить одними Римлянами, исключивъ изъ нея перегриновъ, во 1-хъ потому, что она развилась изъ nexum, во 2-хъ потому, что она основывалась на чисто положительной формѣ, связанной съ свойственнымъ только римлянамъ народнымъ обычаемъ. Но строгая въ этомъ случаѣ послѣдовательность уступила практическимъ потребностямъ, сохранивъ впрочемъ объ этомъ ограниченіи одно воспоминаніе. Именно, стипуляція стала общимъ центромъ всего гражданскаго оборота, и при постоянно возраставшемъ соприкосновеніи съ перегринами въ Римѣ и внѣ его, допущеніе послѣднихъ къ стипуляціи явилось почти необходимостью. Тогда установилось правило, что стипуляція, также какъ и акцептиляція принадлежитъ jus gentium, т. е.

(d) ср. Savigny vermischte Schriften ч. 1, № IX.
(e) Gajus Lib. 1 § 119. Ulpian. XIX. § 4. 5.
(f) ср. System т. 5 стр. 538 и Vermischte Schriften т. 2 стр. 410

обѣ сдѣлались равно доступны и Римлянамъ и перегринамъ. Единственнымъ исключеніемъ изъ этого правила уцѣлѣла стипуляція въ формулѣ: spondes? spondeo,—частію для воспоминанія о прежнемъ ограниченіи, частію потому, что эта формула несомнѣнно примѣнялась въ древнемъ nexum (g). Вводя исключительныя и положительныя формы договоровъ, Римляне были, впрочемъ, настолько послѣдовательны и безпристрастны, что допускали существованіе формъ, исключительно свойственныхъ перегринамъ, какъ основанныхъ на ихъ народныхъ обычаяхъ (h).

Выше уже было замѣчено, что иски изъ деликтовъ, имѣвшіе въ виду штрафъ лежатъ внѣ naturalis ratio, слѣдовательно должны быть причислены къ jus civile (§ 5). Отсюда необходимо слѣдуетъ, что между Римлянами и перегринами не могло, собственно говоря, существовать иска о штрафѣ въ смыслѣ древняго строгаго права. Эта то логичность привела къ слѣдующему замѣчательному явленію: съ практической точки зрѣнія, было бы противно здравому смыслу оставлять перегриновъ, живущихъ въ Римѣ и виновныхъ въ воровствѣ безнаказанными, давая имъ въ этомъ отношеніи не справедливую привилегію; точно тоже нужно сказать и о преступленіяхъ, совершенныхъ противъ нихъ. Вотъ почему эта строгая послѣдовательность была смягчена допущеніемъ фиктивныхъ исковъ: въ исковой формулѣ предполагалось, что перегринъ (обвинитель или обвиняемый) былъ римскій гражданинъ вслѣдствіе чего искъ изъ деликта могъ быть направленъ прямо къ нему (i).

(g) Gajus Lib. 3 § 93 „Sed haec quidem verborum obligatio: d as ri s p o n d e s? s p o n d e o, propria civium Romanorum est: ceterа vero juris gentium sunt: itaque inter omnes homines, sive cives Roe manos, sive peregrinos, valent".—ib § 179...si id, quod tu mihi debeas, a peregrino, c u m q u o s p o n s i u s c o m m u n i o n o n e s t s p o n d e s verbo stipulatus sim."—L. 8 § 4 d e a c c e p t i l a t. (46, 4) „hoc jure utimur, ut juris gentium sit acceptilatio."

(h) Gajus Lib. 3 § 134 „...chirogaphis et syngraphis... quod genus obligationis proprium peregrinorum est."

(i) Gajus Lib. 4 § 37, гдѣ говорится о подобномъ процессѣ по отношенію къ civilis furti actio (изъ 12 таблицъ) и къ actio legi

§ 7.

Виды обязательства. Civilis и naturalis obligatio. Понятіе (продолженіе).

По характеру и степени дѣйствительности нужно различать исковыя (klagbare) и неисковыя (klaglose) обязательства (civiles и naturales). Это дѣленіе самое важное изъ всѣхъ трехъ и если мы вообще говорили о другихъ, то только для лучшаго и полнѣйшаго его уясненія.

Сущность обязательства заключается въ состояніи несвободы (§ 2). Нормальный способъ осуществленія этой несвободы, этого принужденія, есть искъ, а потому только обязательство исковое (охраняемое искомъ) есть истинное обязательство въ собственномъ смыслѣ слова. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ принужденіе не можетъ быть осуществлено этимъ простымъ путемъ, а только не прямыми, случайными средствами; такія анормальныя обязательства называются неисковыми (лишенными иска, naturalis).

И въ этомъ случаѣ было бы неправильно представлять себѣ исковыя и неисковыя обязательства двумя равными или почти равными категоріями всей области обязательствъ; напротивъ, и здѣсь исковыя обязательства составляютъ господствующее правило, а неисковыя—рядъ (сравнительно рѣдкихъ) исключеній. При томъ же, взаимное отношеніе этихъ категорій находится въ связи съ изложеннымъ выше различнымъ

Aquiliae. Онъ же примѣнялся, безъ сомнѣнія, и къ искамъ объ оскорбленіяхъ, по закону XII таблицъ. Въ новѣйшихъ же искахъ о наказаніи, напр. по преторскому эдикту, конечно, нѣтъ никакихъ фикцій; иски прямо направлялись противъ иностранцевъ, но только въ смыслѣ прежней фикціи. При искахъ изъ literarum obligatio, pecuni'a и стипуляціи spondes—spondeo не было никакой необходимости распространять ихъ на иностранцевъ посредствомъ фикціи, а при искахъ изъ займа, купли и т. п., подсудныхъ иностранному претору (praetor peregrinus), разумѣется, не могло быть и рѣчи о фиктивныхъ искахъ, такъ какъ упомянутые иски сами по себѣ основывались на jus gentium.

происхожденіемъ обязательствъ. Тамъ было уже замѣчено, что обязательства вообще произошли частью изъ jus civile, частью и изъ jus gentium, и что послѣднія составляютъ большинство. Обязательства изъ jus gentium большею частью были признаны цивильнымъ правомъ (jus civile); признаніе это выразилось именно въ снабженіи ихъ исками (Klagbarkeit), но нѣкоторыя изъ нихъ, вслѣдствіе разныхъ неблагопріятныхъ обстоятельствъ, оказались недостаточными и не получили санкціи цивильнаго права; а отказъ въ санкціи опять выразился въ лишеніи ихъ исковой охраны. Если, поэтому, послѣднія по преимуществу называются naturales (такова господствующая терминологія) то исключительно въ томъ смыслѣ, что они т о л ь к о naturales (a), тогда какъ большая часть другихъ получили вмѣстѣ съ тѣмъ и санкцію цивильнаго права. Въ смыслѣ подобной же терминологіи, говорилось, что покупщикъ какой-либо res mancipi, посредствомъ простой traditio вещи, пріобрѣтаетъ ее tantum in bonis (b), тогда какъ посредствомъ манципаціи онъ получаетъ ее ex jure quiritium, а вмѣстѣ съ тѣмъ также и in bonis (c).

Вотъ почему civilis obligatio и право на искъ считаются синонимами (d), и въ случаѣ неисковаго обязательства отрицалось существованіе obligatio вообще (e) потому только, что оно не настоящее обязательство. Имѣющій право не на-

(a) L. 5 pr. de pign. (20. 1) „et vel pro civili obligatione, vel honoraria, v e l t a n t u m n a t u r a l i.“—L. 94 § 4 de solut. (46. 3) „Naturalis obligatio... justo pacto... ipso jure tollitur: quia v i n c u l u m a e q u i t a t i s, q u o s o l o s u s t i n e b a t u r, conventionis aequitate dissolvitur.“

(b) Ulpian. I. § 16. „qui t a n t u m i n b o n i s, non etiam ex jure Quiritium servum habet“ rel.

(c) Gajus Lib. 1 § 54... vel in bonis, vel ex jure Quiritium, v e l e x u t r o q u e j u r e cujusquam servus esse intelligitur“ rel.

(d) L. 5 § 1 de praescr. verb. (19. 5)„.. dubium non est, nasci c i v i l e m o b l i g a t i o n e m: in qua actione id veniet“ rel.

(e) L. 1 § 2. 4 de pactis (2. 14) „sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa: eleganter Aristo Celso respondit, e s s e o b l i g a t i o n e m... et hinc n a s c i c i v i l e m o b l i g a t i o n e m... Sed cum nulla subest causa,... c o n s t a t n o n p o s s e c o n s t i t u i o b l i g a t i o n e m. Igitur nuda pactio o b l i g a t i o n e m n o n p a r i t, sed parit exceptionem.“

зывается въ немъ creditor (f), а обязавшійся debitor (g), и если они носятъ эти имена, то какъ minus proprie, только per abusionem (h). Самый долгъ называется въ подобныхъ случаяхъ indebitum (i).

И такъ, намъ остается еще только точнѣе опредѣлить смыслъ терминологіи, къ которой мы до сихъ поръ такъ часто прибѣгали.

Civilis obligatio, civiliter obligari или non obligari означаетъ исковое свойство обязательства безъ различія его происхожденія (jus civile или jus gentium). Употребленіе такой терминологіи подтверждено многими ясными указаніями въ источникахъ (прим. d. e.) и будетъ подробнѣе доказано впослѣдствіи. Въ одномъ только отношеніи мы находимъ небольшое уклоненіе, которое, впрочемъ, можетъ быть приписано просто небрежности въ выраженіи. Для понятія civilis obligatio вполнѣ безразличенъ родъ иска — civilis actio, honoraria actio или extra-ordinarium judicium (k.). Но въ нѣкоторыхъ мѣстахъ, благодаря небрежности, только что указанная номенклатура исковъ перенесена и на обязательства, такъ что говорится объ obligatio civilis или honoraria, а иногда рядомъ съ ними упоминается и о naturalis въ смыслѣ дальнѣйшаго подраздѣленія, тогда какъ слѣдовало бы вездѣ говорить только объ obligatio civilis, снабженной actio civilis или honoraria (l). Пожалуй, мож-

(f) L. 10 de V. S. (50. 16) „Quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum.“—L. 42 § 1 de O. et A. (44. 7) „Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem habent.

(g) L. 108 L. 178 § 3 de V. S. (50. 16).

(i) L. 5 § 2 de sol. (46. 3). Здѣсь indebitae называются проценты „ex pacto naturaliter debebantur.“ L. 28 C. de pactis (2. 3). Въ ученіи объ indebiti condictio употребляется однако другая терминологія L. 64 de cond. ind. (12. 6). „debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est.

(h) L. 16 § 4 de fidej. (46. 1) (см. ниже прим. p).

(k) L. 10 L. 178 § 3 de V. S. L. 42, § 1 de O. et A. (44. 7.)

l) L. 5 pr. de pign (см. выше прим. a), далѣе: L. 1 § 1 de nov. (46. 2) „qualis processit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria“.—L. 1 § 24 de exerc. (14. 1) L. 8 § 4 de accept. (46. 4) § 1 j. de oblig. (3. 13). Гораздо точнѣе и вполнѣ безукоризненно сопоставлены въ L. 40 pr. ad Sc. Treb (36. 1): actiones, quae jure civili competunt, honorariae actiones in causa naturalium obligationum.

но подумать, что выраженіе civilis obligatio употреблялось также для обозначенія происхожденія обязательства изъ jus civile въ противуположность jus gentium (§ 5). Но въ этомъ именно смыслѣ приведенное выраженіе никогда не встрѣчается; только въ одномъ случаѣ Гай выражается нѣсколько подходящимъ образомъ: quodammodo juris civilis est talis obligatio. (§ 6 c).

Naturalis obligatio, naturaliter debere или obligari означаетъ отсутствіе искового свойства или неполную дѣйствительность обязательства. Въ доказательство этого были также приведены рѣшительные тексты (прим. a. f. i.), а впослѣдствіи будетъ указано ихъ еще больше; при чемъ выяснится, что такой смыслъ термина долженъ быть признанъ не только истиннымъ, но обыкновенно и преимущественно употребительнымъ. Только дѣло представляется здѣсь нѣсколько иначе сравнительно съ выраженіемъ civilis obligatio, въ томъ отношеніи, что naturalis obligatio во многихъ мѣстахъ употребляется также для обозначенія происхожденія обязательства изъ jus gentium, даже въ тѣхъ случаяхъ, когда на самомъ дѣлѣ оно было исковымъ, и должно было въ другомъ смыслѣ называться civilis. Такъ, въ одномъ мѣстѣ про indebiti condictio говорится, что оно есть naturalis (m). Очевидно въ томъ только смыслѣ, что это (несомнѣнно исковое) обязательство происходитъ изъ jus gentium. Совершенно въ томъ же смыслѣ, въ другомъ мѣстѣ, къ обязательству, получающему искъ вслѣдствіе неосновательнаго обогащенія, примѣнено выраженіе naturaliter obligabitur. (n) Далѣе, Павелъ, говоря о займѣ, облеченномъ впослѣдствіи въ форму стипуляціи, утверждаетъ, что для вѣрителя нѣтъ необходимости оставлять свое требованіе, вытекающее изъ займа, безъ осуществленія. Это положеніе онъ выражаетъ: Plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est

---

m) L. 15 pr. de cond. indeb. (См. выше § 5. h.) Здѣсь выраженіе naturalis, примѣнимое только къ обязательству, переносится на искъ; точно также, въ другихъ мѣстахъ, наоборотъ, выраженіе civilis совершенно неправильно переносится съ иска на обязательство. (см. выше прим. l).

n) L. 5 pr. de auct. (См. выше прим. § 5. h).

est dicendum, recessum a naturali obligatione. (o) Слѣдовательно, онъ называетъ здѣсь заемъ naturalis obligatio, въ противоположность стипуляціи очевидно потому, что заемъ принадлежитъ къ jus gentium (§ 6 a. b.). Хотя въ этомъ положеніи Павла можно найти противорѣчіе съ тѣмъ обстоятельствомъ, что стипуляція также причислялась къ jus gentium; но это справедливо только по выключеніи стипуляціи spondes spondeo (§ 6 d.), о которой именно и говоритъ Павелъ въ приведенномъ мѣстѣ („Spondit Flavius Candidus dominus meus"). Поэтому было совершенно послѣдовательно противопоставить этой стипуляціи предшествующій ей заемъ, какъ naturalis obligatio. Но особенно важны въ этомъ отношеніи два текста, требующіе тѣмъ болѣе внимательнаго разсмотрѣнія, что правильное ихъ толкованіе очень часто оспаривалось. Первый изъ Юліана гласитъ: (p) Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit: verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest. Nam licet minus proprie debere dicuntur naturales debitores per abusionem intelligi possunt debitores: et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recipisse. Первая часть цитаты (до non potest) встрѣчается вторично въ Дигестахъ и совершенно слово въ слово (до мельчайшихъ подробностей) (q). Я объясняю ее такъ: „естественными обязательствами (naturales obligationes, т. е. возникшими изъ jus gentium) считаются не только тѣ, которыя имѣютъ искъ (какъ большая ихъ часть, напр. купля, наемъ, заемъ), но и тѣ, которыя исключаютъ обратное требованіе (ошибочно произведеннаго) платежа; такъ что и должники въ обязательствахъ этого втораго рода могутъ быть разсматриваемы и обозначаемы какъ debitores, и именно naturales debitores, если не въ буквальномъ, то, по крайней мѣрѣ, въ переносномъ смыслѣ". Объясненіе это въ существенныхъ чертахъ было принято уже и другими; но ему противопоставляли дру-

---

o) L. 126 § 2 de V. O. (45. 1).

p) L. 16 § 4 de fidej. (46. 1). Вторая половина мѣста приведена уже выше, прим. h.

q) L. 10 de O. et A. (44. 7) Здѣсь авторъ въ манускриптахъ обозначается различно: Paulus (Florent), Ulpianus, Iulianus.

гое, по которому вся цитата и каждая часть ея въ отдѣльности трактуетъ будто о неисковыхъ обязательствахъ. г) Смыслъ этого мѣста, по послѣднему толкованію, таковъ: „naturalis obligatio выражается не только въ томъ, что рождаетъ (случайно) искъ, подобный иску противъ залогодателя или поручителя, если обязательство обезпечено залогомъ или поручительствомъ, но и въ томъ, что ошибочно-совершенный платежъ не можетъ быть истребованъ обратно". Я не могу согласиться съ этимъ толкованіемъ потому, что выраженіе юриста (съ si и cum) указываетъ только на различные случаи обязательствъ, а не на различную степень дѣйствительности обязательствъ одного и того же рода. Сверхъ того, слѣдуетъ замѣтить, что naturalis obligatio пріобрѣтаетъ присущія ему свойства и названіе не отъ случайнаго присоединенія къ нему обезпеченія залогомъ или поручительствомъ или отъ совершенія (по заблужденію) платежа: они принадлежатъ ему вообще и независимо отъ этихъ событій, просто потому, что обязательство способно служить извѣстнымъ основаніемъ для всѣхъ такихъ обезпеченій.

Въ заключеніе изслѣдованія, необходимо упомянуть еще о терминологіи нѣкоторыхъ писателей, которые всю область обязательственнаго права дѣлятъ на слѣдующіе три класса: mere civiles, mere naturales, mixtae. Съ перваго взгляда, эта терминологія совершенно согласуется съ изложеннымъ нами взглядомъ, такъ какъ утверждалъ и я, что большинство обязательствъ и притомъ важнѣйшія изъ нихъ, произошли изъ jus gentium и вмѣстѣ съ тѣмъ получили санкцію jus civile (слѣдовательно mixtae), но что съ обѣихъ сторонъ этой большой массы стоятъ два разряда, носящіе, такъ сказать, исключительный характеръ, именно: съ одной стороны, обязательства, произшедшія изъ jus civile и чуждыя jus gentium (mere civiles); съ другой—воз-

---

г). Vangerow стр. 5, очень близко примыкаетъ къ Унтергольцнеру стр. 12. 13; но уже и старые писатели съ различныхъ точекъ зрѣнія держались того же взгляда какъ Weber natürl. Verbindlichkeit § 51, Глюкъ ч. 1 стр. 188, 189. Слѣдующая поправка, предлагаемая нѣкоторыми должна быть отвергнута: si actio aliqua earum nomine non competit. (Hotoman. obs. Lib. 3 C. 2) Въ сущности согласенъ съ защищаемымъ здѣсь толкованіемъ Puchta: Pandecten § 237 прим. c.

никшія изъ jus gentium и не признанныя въ jus civile (mere naturales). Тѣмъ не менѣе я вполнѣ отвергаю вышеупомянутую терминологію, во первыхъ потому, что употребляемыя въ ней выраженія совершенно чужды римскимъ юристамъ; во вторыхъ потому, что съ упомянутымъ подраздѣленіемъ неразлучны нѣкоторыя заблужденія, касающіяся самаго существа дѣла, а полное искорененіе послѣднихъ, конечно, еще важнѣе, чѣмъ опроверженіе этой новой и произвольной терминологіи.

Въ связи съ этимъ подраздѣленіемъ обыкновенно предполагается, что обѣ системы права—jus civile и gentium — стоятъ рядомъ независимо и не смѣшиваясь; на самомъ же дѣлѣ онѣ должны представляться взаимодѣйствующими, составляющими одно практическое цѣлое. Порицаемое противоположеніе сказывается въ слѣдующихъ важныхъ примѣненіяхъ.—

Говоря о такъ называемыхъ obligationes mere civiles, было бы совершенно неправильно предполагать, что нормы jus gentium не производили на нихъ никакого вліянія. Несомнѣнно, что стипуляція spondes spondeo принадлежала къ этому классу; а между тѣмъ, если заключенію ея предшествовалъ обманъ, то стипуляція уничтожалась въ силу doli exceptio, принадлежавшаго къ jus gentium,—точно также какъ и въ томъ случаѣ, если бы этотъ обманъ предшествовалъ какому либо договору ex jure gentium. (s).

То же самое отношеніе замѣчается еще съ другой стороны, и на него обращалось еще меньше вниманія. Законы, воспрещающіе ростовщичество и игры, отличаются чисто положительнымъ характеромъ и совершенно чужды jus gentium; а между тѣмъ, было бы капитальнымъ заблужденіемъ допускать въ случаяхъ, запрещенныхъ этими законами, существованіе naturalis obligatio. Скорѣе можно сказать, что здѣсь jus civile

(s) Это правило признано въ слѣдующихъ мѣстахъ: L. 42. § 1. de O. A. A. (44. 7). Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem vel civilem habent, sic tamen ne exceptione summoveantur, vel honorariam actionem, vel in factum.“ L. 10. de V. S. (50. 16). Creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacunque actione vel persecutione, vel jure civili, sine ulla exceptionis perpetuae remotione, vel honorario, vel extraordinario.“ ср. выше прим. f.

такъ рѣшительно вліяетъ на jus gentium, что совершенно уничтожаетъ дѣйствіе послѣдняго, и, такимъ образомъ, признаніе положительнаго закона само обратилось въ норму jus gentium. (t). Впрочемъ это положеніе требуетъ ближайшаго разсмотрѣнія. Не всякая норма положительнаго права, при столкновеніи съ naturalis obligatio, уничтожаетъ существованіе послѣдней со всѣми ея (конечно неполными) послѣдствіями. Такую силу слѣдуетъ признать только за законами, имѣющими строго-положительный, запретительный характеръ. Ближайшее опредѣленіе этого разряда законовъ было сдѣлано мною въ другомъ мѣстѣ и для другой цѣли (u),—а потому въ дальнѣйшемъ изложеніи мы встрѣтимся съ частными случаями naturalis obligatio, въ которыхъ существованіе и сила послѣдней не уничтожаются противоположною нормою цивильнаго права, если только эта норма не имѣетъ запретительнаго характера.

§ 8.

II Виды обязательства. Civilis и naturalis obligatio. Дѣйствіе naturalis.

Naturalis obligatio было названо неисковымъ. При одномъ этомъ чисто-отрицательномъ свойствѣ, оно не могло бы считаться обязательствомъ, т. е. основаніемъ для понудительнаго исполненія (§ 2.) Вотъ почему необходимо было присвоить ему и положительныя послѣдствія, которыя мы выше назвали посредственными и случайными въ противоположность исковому свойству. Теперь разсмотримъ каждое послѣдствіе неисковаго обязательства порознь. Вообще ихъ можно выразить въ такой формѣ: неисковое обязательство можетъ повести къ удовлетворенію въ томъ случаѣ, когда по фактическимъ обстоятельствамъ, возможно обойтись безъ иска объ исполненіи. Этотъ общій принципъ приложимъ къ слѣдующимъ случаямъ,

(t) Ср. System т. 1. § 22. стр. 116.
(u) System т. 8. § 349.

которые поэтому можно разсматривать какъ отдѣльныя послѣдствія naturalis obligatio.

Solutum non repetere, компенсація, зачетъ въ пекуліи, акцессорныя обязательства (поручительство, конститутумъ, закладъ, новація, (a).

1) Solutum non repetere (b) или другими словами—исключеніе condictio indebiti это первое послѣдствіе, которое, въ числѣ другихъ, часто принимается за отличительный признакъ naturalis obligatio,—имѣетъ слѣдующее значеніе (c).

Если что либо отдается съ намѣреніемъ погасить долгъ, то это дѣйствіе по общему правилу производитъ слѣдующія неизмѣнныя послѣдствія: должникъ освобождается отъ долга и отданное безвозвратно переходитъ въ имущество вѣрителя.—Но если первое изъ этихъ послѣдствій не можетъ имѣть мѣста потому, что не существовало дѣйствитетельнаго долга, то спрашивается: наступаетъ-ли, все таки, второе? Здѣсь мы должны различать два случая. Если отдавшій зналъ, что не было никакого юридическаго основанія совершать это дѣйствіе, и все-таки совершилъ его по особымъ побудительнымъ причинамъ, напр. по требованію совѣсти, чувства чести, для поддержанія кредита и т. п., — то уплата считается безвозвратной, а отданное подареннымъ. Если же плательщикъ, по заблужденію, предполагалъ въ этомъ случаѣ дѣйствительный долгъ, то можетъ отданное требовать обратно, въ силу condictio indebiti, такъ что главнымъ условіемъ этой кондикціи является заблужденіе. (d).

Но возникаетъ вопросъ: что разумѣть въ этомъ ученіи, по отношенію къ condictio indebiti, подъ дѣйствительнымъ и не-

---

(a) Въ общемъ обзорѣ эти послѣдствія были уже изложены въ другомъ мѣстѣ. System т. 5 § 250, 251.

(b) Новѣйшіе писатели употребляютъ также выраженіе soluti retentio, хотя оно не противорѣчитъ духу римскаго языка. (ср. напр. retentiones ex dote), но въ этихъ спеціальныхъ случаяхъ, какъ терминъ, не было у Римлянъ въ употребленіи.

(c) Объ этомъ говорилось уже въ другомъ мѣстѣ и съ другою цѣлью ср. System т. 3. приложеніе III. Num. XI, т. приложеніе XIV, № VII.

(d.) L. 1. § 1. d. cond. ind. (12. 6.) L. 53. de B. J. (50. 17.)

дѣйствительнымъ долгомъ. Такъ какъ сама кондикція имѣетъ основаніе въ jus gentium, то и къ понятію обязательства слѣдуетъ относиться съ естественной точки зрѣнія, naturaliter; поэтому достаточно уже одной naturalis obligatio для безъусловнаго исключенія condictio indebiti. (e).

Конечно это положеніе слѣдуетъ понимать въ связи съ платежемъ по заблужденію, главнымъ образомъ примѣнительно къ случаю когда уплачивающій, ошибочно, считаетъ неисковое обязательство за исковое, и въ самомъ дѣлѣ: если бы онъ не заблуждался въ этомъ отношеніи и уплатилъ сознательно, то безвозвратность не есть уже положительное послѣдствіе naturalis obligatio, такъ какъ въ этомъ случаѣ даже уплата по несуществующему долгу не можетъ быть возвращена. (Прим. d).

Объясненное здѣсь значеніе solutum non repetere, какъ перваго и самаго общаго положительнаго послѣдствія naturalis obligatio, признано буквально и прямо во многихъ текстахъ (f). Само собой разумѣется, что не вездѣ повторяется предложенная нами связь мыслей цѣликомъ, въ особенности же предположеніе заблужденія въ тѣхъ случаяхъ, когда оно влечетъ за собой то послѣдствіе, но повсюду она подразумѣвается. Положеніе это также ясно признается и въ другихъ мѣстахъ въ обратныхъ выраженіяхъ, именно, что condictio indebiti примѣняется только при несуществованіи naturalis obligatio или когда таковая потеряла силу (g), опять-таки вслѣдствіе безмолвнаго предположенія, что плательщикъ уплатилъ не сознательно, а по заблужденію.

2. Компенсація.

Въ новѣйшемъ правѣ существуетъ важный, рѣшительный принципъ, по которому всякій должникъ можетъ зачесть вѣрителю то, что послѣдній долженъ ему въ свою очередь, подъ

(e.) Рѣшительные тексты были сообщены уже выше § 5. h. и § 7. i.

(f). L. 13 pr. L. 19 pr. L. 38 § 1. 2. L. 60 pr. de cond. ind. (12. 6.) L. 3. § 7 quod. quisque juris (2. 2.) L. 50. § 2. de pec. (15. 1.) L. 10 de O. et A. (44. 7.) L. 16. § 4. de fid. (46. 1.) см. b. § 7 p. q. L. 5 § 2. de sol. (46. 3).

(g). L. 42. pr. de jure j. (12. 2.) L. 38 pr. L. 41. L. 47. de cond. ind. (12. 6).

условіемъ, что оба обязательства имѣютъ предметомъ квантитеты и именно квантитеты однородные (деньги за деньги, пшеницу за пшеницу и. т. д.) Но этотъ принципъ дѣйствовалъ не всегда, или покрайней мѣрѣ не въ такой всеобщности, а выработался и получилъ признаніе только мало по малу. (h). Основаніе его лежало въ простой aequitas, въ jus gentium, а потому казалось естественнымъ,—что къ такому учету способны были не только исковыя, но и неисковыя обязательства.—Приложеніе компенсаціи не требовало иска, такъ какъ одна защита противъ иска противника, т. е. простая exceptio, была для этого совершенно достаточною. — Въ нашихъ источникахъ положительно признается, что naturalis obligatio дѣйствительно была также способно къ компенсаціи, какъ и civilis (i).

3. Deductio изъ пекулія.

Когда отецъ семейства довѣрялъ своему сыну или рабу пекулій и затѣмъ заключалъ съ ними договоры, то отсюда возникали обоюдныя дѣйствительныя обязательства, впрочемъ только naturales obligationes, т. е. безъ права иска. (k) Они имѣли своимъ послѣдствіемъ подразумѣваемое обоюдное погашеніе путемъ простаго счета или учета. Такимъ образомъ, все то, что сынъ долженъ былъ отцу, уплачивалось само собой уменьшеніемъ пекулія, а долгъ отца сыну уплачивался подразумѣваемымъ увеличиваніемъ пекулія, совершенно какъ при расчетахъ наличными деньгами (l). Достаточность неискового обязательства для такихъ послѣдствій несомнѣнна уже потому, что въ сферѣ этихъ личныхъ отношеній не могло существовать никакого другаго обязательства. (Прим. k).

За тѣмъ идутъ послѣдствія, состоящія въ дополнительныхъ (акцессорныхъ) гарантіяхъ обязательства.

4. Поручительство.

Такое обезпеченіе одинаково возможно и вполнѣ дѣйствительно при главномъ домѣ какъ исковомъ такъ и неисковомъ

(h). Gajus Lib. 4. § 61—63, § 30. 39. f. de act. (4. 6).

(i) L 6. de comp. (16. 2.) Etiam quod natura debetur, venit in compensationem. L. 20 § 2 de statu lib.(40. 7).

(k). ср. System т. 2. стр. 35, 36, 54.

(l). L. 9. § 2. 4. de pec. (15. 1). L. 38 § 1. 2. de cond. ind. (12. 6).

потому искъ противъ поручителя допускается даже и въ томъ случаѣ, когда онъ не мыслимъ противъ главнаго должника (m)

5. Constitutum.

Все сказанное о поручительствѣ приложимо и къ конституту; его послѣдствія еще разнообразнѣе въ томъ смыслѣ, что они могутъ имѣть мѣсто не только при конституѣ чужаго, но и своего собственнаго долга; стало быть, всякій, самъ по себѣ, неисковой долгъ путемъ простаго конститута, т. е. не формально подтвержденнаго обѣщанія уплаты можетъ обратиться въ civilis obligatio. (n).

6. Закладное право.

Дѣйствительный закладъ возможенъ только подъ условіемъ дѣйствительнаго обязательства. Однако же въ этомъ отношеніи одинаково годны, какъ исковое, такъ и неисковое обязательство (o); слѣдовательно, вѣритель, не имѣющій противъ своего должника личнаго иска, получаетъ, вслѣдствіе заклада hypothecaria actio противъ всякаго владѣльца послѣдняго.

7. Новація.

Всякое обязательство можетъ быть погашено, если, съ этою именно цѣлью, вмѣсто него, установляется другое. Въ римскомъ правѣ это дѣлалось обыкновенно посредствомъ стипуляціи.

Полная дѣйствительность подобнаго превращенія предполагаетъ юридическую дѣйствительность первоначальнаго обязательства; а послѣднимъ можетъ быть какъ исковое, такъ и неисковое обязательство (p).

Обозрѣвая различныя послѣдствія не исковыхъ обязательствъ, мы видимъ, что вездѣ гдѣ возможность этихъ послѣдствій

(m) L. 6 § 2, L. 60 de fid (46. 1) L. 42. pr. de jurej. (12. 2), L. 50 § 2 de pec, (15. 1), L. 13 pr. de cond. ind (12. 6), L. 7 § 1 de exc. (44. 1).

(n) L. 1 § 7 de pec. const. (13. 5) „Debitum autem vel natura sufficit".

(o) L. 5 pr. de pign. (см. выше § 7. a), L. 13 pr. de cond. ind. (12. 6), L. 11 § 3 de pign. act (13. 7).

(p) L. 19 § 4 de don. (39. 5), L. 1 § 1 de nov. (46. 2) Изъ этого текста видно, что достаточно даже, если вторымъ обязательствомъ—будетъ простая naturalis obligatio. Срав. § 3. quib. mod. obl. toll. (3. 29).

вытекала изъ случайныхъ обстоятельствъ, вѣритель, на самомъ дѣлѣ, могъ обойтись безъ личнаго иска: въ первыхъ трехъ случаяхъ потому, что онъ получалъ предметъ долга другимъ путемъ; (q); въ четырехъ послѣднихъ потому, что акцессорныя юридическія отношенія обезпечивали за нимъ другаго рода искъ, приводившій его къ той же цѣли, какъ и личный.

По общему правилу, всякая naturalis obligatio способна произвести всѣ перечисленныя послѣдствія; точно также можно сказать, что отъ существованія въ данномъ случаѣ одного изъ нихъ, возможно заключить о существованіи остальныхъ, и даже о существованіи naturalis oblig. вообще.

Впрочемъ, соединеніе всѣхъ послѣдствій должно быть принимаемо не безусловно и не безъ исключеній. Уже отличительная природа нѣкоторыхъ, относящихся сюда институтовъ препятствуетъ осуществленію многихъ изъ нихъ. Объ этомъ мы поговоримъ при изложеніи частныхъ случаевъ naturalis oblig.

§ 9.

II. Виды обязательства. Civilis и naturalis obligatio. частные случаи naturalis.

Выше было замѣчено, что исковыя и неисковыя обязательства не слѣдуетъ считать двумя равными категоріями обязательствъ вообще;—что, напротивъ, исковыя составляютъ господствующее правило, а неисковыя—рядъ исключеній, основанныхъ на несовершенствѣ отдѣльныхъ обязательствъ. (§ 7) Теперь займемся группировкой послѣднихъ. Одни изъ нихъ носятъ отпечатокъ несовершенства съ момента возникновенія; другія—приходятъ въ состояніе несовершенства въ силу наступающаго впослѣдствіи факта. Само собою разу-

---

(q) Этотъ выводъ есть отчасти слѣдствіе того правила, что naturalis obligatio всегда служитъ достаточнымъ основаніемъ для exceptio. L 7. § 4. de pactis (2. 14), L. 94 § 3 de sol. (46. 3).

мѣется, что подробное развитіе соотношенія этихъ фактовъ, въ большинствѣ случаевъ, возможно только въ связи съ послѣдующимъ изложеніемъ обязательственнаго права; здѣсь же мы укажемъ на нихъ только вкратцѣ.

Причины несовершенства обязательствъ сводятся къ слѣдующимъ четыремъ категоріямъ:

Недостаточная форма при установленіи обязательства;

Недостаточная правоспособность или правоотправленіе;

Строгая послѣдовательность цивильнаго права, не признанная въ jus gentium.

Особенныя отношенія исковаго права.

А. Недостаточная форма при установленіи обязательства.

1. Договоръ, заключенный въ формѣ nudum pactum въ томъ случаѣ, когда требовалась стипуляція (a).

Во многихъ текстахъ ясно признано и не подвергается никакому сомнѣнію, что въ данномъ случаѣ не было права иска, обстоятельство, характеризующее отрицательную сторону obl. naturalis. (b) Положительное же существованіе здѣсь naturalis oblig., съ изложенными въ § 8 практическими послѣдствіями, требуетъ точнаго доказательства.

Если мы взглянемъ на этотъ вопросъ съ общей точки зрѣнія, со стороны природы jus gentium вообще, то существованіе подобнаго обязательства станетъ несомнѣннымъ: здѣсь мы имѣемъ, очевидно, свободную волю должника—вступить въ обязательство (§ 5), а недостающая форма стипуляціи, произвольная сама по себѣ и основанная на чисто — національномъ обычаѣ, совершенно неизвѣстна j. gentium (c).

(a) Отношеніе между этими двумя формами договоровъ, слѣдовательно и случаи, въ которыхъ требовалась стипуляція и въ которыхъ—не требовалась, могутъ быть изложены только въ теоріи обязательствъ; здѣсь же, мы предположимъ ихъ пока извѣстными.

(b) L. 7 § 4 de pactis (2. 14) „nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.“ (Что obligatio здѣсь обозначаетъ civilis obligatio, или actio,—это было доказано выше въ § 7, выпискою всего этого мѣста)—L. 45 eod. „ad actionem... nudum pactum nulli prodesse potest.“ L. 28 C. eod. (2. 3).

(c) Безъ сомнѣнія, стипуляція, въ виду облегченія гражданскаго оборота, была, за исключеніемъ одного случая, доступна и перегринамъ, и въ этомъ смыслѣ вошла въ jus gentium (§ 6 g). Но

Это именно положеніе признавалось римскими юристами весьма опредѣленно. (d).

Къ общимъ принципамъ примыкаетъ еще рѣшеніе Римлянами одного особенно важнаго случая. Проценты по займу могли быть отыскиваемы судомъ только при стипуляціи (e); если же они были обѣщаны по неформальному договору, то изъ него не рождалось иска. Однако въ этомъ случаѣ ясно признавалось существованіе naturale debitum тѣмъ (f), что уплоченные проценты не могли быть требуемы обратно (g) и что въ обезпеченіе подобнаго неформально договора о процентахъ могъ быть данъ дѣйствительный залогъ (h).—

это не могло служить основаніемъ къ отнятію у неформальныхъ контрактовъ обязательной силы, присущей имъ по jus gentium.

(d) L. 84 § 1 de R. J. (50. 17) (выше § 5. d). Слова „cujus fidem secuti sumus", прямо указываютъ на случай, когда стороны довѣрились неформальному договору, не прибѣгая къ болѣе надежной гарантіи стипуляціи; для этого-то именно случая и употреблено здѣсь выраженіе: „natura debet".—L. 1 pr. de pactis „Hujus edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare?" Нельзя яснѣе выразить,—того что jus gentium сообщало неформальнымъ договоромъ обязательную силу. — L. 95 § 4 de sol. (46. 3) см. § 7 a) Здѣсь ясно говорится о неформальномъ pactum, что онъ vinculo aequitatis sustinetur, т. е. конечно, посредствомъ jus gentium.—Я придаю менѣе рѣшительное значеніе тѣмъ мѣстамъ, въ которыхъ говорится, что неформальный pactum имѣлъ своимъ послѣдствіемъ exceptio, каковы напр. L. 7 § 4 de pactis и L. 40 de R. C. (12. 1). Такъ какъ, съ одной стороны, exceptio не есть выраженіе точно указывающее на послѣдствія naturalis obligatio (§ 8), съ другой — выраженіе parit exceptionem можно относить къ погашенному договору (pactum de non petendo),—а между тѣмъ здѣсь идетъ рѣчь только объ основаніи обязательства.

(e) Срав. System T. 6 § 268.

(f) L. 5. § 2 de sol (46. 3) „....si sint usurae debitae, et aliae indebitae... puta quaedam earum ex stipulatione, quaedam ex pacto naturaliter debebantur" (см. выше § 7. i). — Возраженіе Lelièvr'a, стр. 21, что здѣсь идетъ рѣчь только о naturaliter deberi, а не o naturalis obligatio лишено всякаго основанія, ибо debitum— синонимъ obligatio, такъ что одно безъ другаго не мыслимо (§ 3).

(g) L. 5 § 2 de sol. (46. 3) „...ex pacti conventione datae repeti non possunt"... L. 3 C. de pactis (2. 3).

(h) L. 11 § 3 de pign. act. (13. 7), L. 4. L. 22 C. de usuris (4. 22).

Выше мы уже замѣтили (§ 8), что эти послѣдствія суть признаки существованія naturalis obl.

Такая сила неформальнаго контракта всегда признавалась большею частью ученыхъ. Но въ послѣднее время она стала оспариваться многими (i) и поэтому необходимо подробнѣе остановиться на этомъ вопросѣ.

Указанное выше общее основаніе оспаривается Унтергольцнеромъ слѣдующимъ образомъ. Если въ какомъ — либо государствѣ, напр. въ Римѣ, установлена извѣстная положительная форма договоровъ, — то каждый разъ, когда стороны заключаютъ договоръ, безъ соблюденія этой формы, возникаетъ сомнѣніе: имѣли-ли онѣ серьезное намѣреніе обязаться; это-то сомнѣніе относительно серьезности и мѣшаетъ возникновенію естественно—долговаго отношенія.— Но подобнымъ возраженіемъ вопросъ отдѣляется отъ принципа и переносится въ область простыхъ фактовъ, представляющихъ большое разнообразіе формъ. Если два римлянина заключали словесно неформальный договоръ, т. е. при такихъ обстоятельствахъ, когда они могли бы также легко совершить стипуляцію, тогда совершенно произвольное несоблюденіе столь простой формы могло бы еще возбудить сомнѣніе: заключили они договоръ или только приготовились къ его заключенію? Но могло случаться, что даже и это сомнѣніе вполнѣ устранялось-бы другими обстоятельствами, напр. совершенно опредѣленною формою выраженій, или тѣмъ, что сторонами были несвѣдущіе деревенскіе жители, или иностранцы. Если же неформальный договоръ заключенъ вдобавокъ между отсутствующими въ формѣ векселя и въ самыхъ точныхъ выраженіяхъ, слѣдовательно, при обстоятельствѣ, исключающемъ возможность стипуляціи,— то исчезаютъ и послѣдніе слѣды сомнѣнія. И такъ это возраженіе не можетъ поколебать силы того общаго принципа, на который опирается мое мнѣніе.

(i) Lelièvre стр. 21. Meyerfeld Schenkungen стр. 344—346. Unterholzner I. § 23. Изъ древнѣйшихъ писателей защищалъ это мнѣніе Giphanius lect. Altorph. p. 571, 572., но слабо, и именно на томъ основаніи, что ни въ одномъ мѣстѣ римскаго права не говорится, чтобы изъ nudum pactum возникала naturalis obligatio.

Далѣе возражаютъ: что приведенные тексты о естественныхъ обязательствахъ, возникающихъ изъ договора о процентахъ, ничего не доказываютъ, такъ какъ они составляютъ единственное исключеніе изъ правила; исключеніе-же это оправдывается тѣмъ, что уже естественная справедливость требуетъ, чтобы занятыя деньги приносили проценты. — Но выше приведенные тексты ничего не говорятъ ни о подобномъ исключеніи, ни о такъ называемой естественной справедливости; напротивъ, они трактуютъ naturale debitum и возможность юридически-дѣйствительнаго залога, въ смыслѣ естественнаго послѣдствія nudum pactum самаго по себѣ,—точно рѣчь идетъ о какомъ-либо иномъ содержаніи договора. Такимъ образомъ, смыслъ, придаваемый моими противниками вышеприведеннымъ мѣстамъ, основанъ на произвольномъ, натянутомъ толкованіи, вызванномъ исключительно желаніемъ отстоять предвзятое мнѣніе.

Но, кромѣ того писатели эти подкрѣпляютъ свое мнѣніе еще двумя положительными доводами.

Во 1-хъ, правиломъ, въ силу котораго должникъ, отвѣчающій на вопросъ стипулятора не словесно, а простымъ киваніемъ головы, не обязывался naturaliter (k); а между тѣмъ въ этомъ случаѣ есть nudum pactum. — Вотъ этого-то именно и нѣтъ. Вопрошающій имѣлъ въ виду заключить стипуляцію, и ничего болѣе; полагаться на невѣрныя послѣдствія naturalis oblig. не было его намѣреніемъ, и онъ, быть можетъ, предпочиталъ вовсе не вступать въ подобную сдѣлку. По этому въ данномъ случаѣ мы имѣемъ только задуманную, а не состоявшуюся стипуляцію; для nudum pactum здѣсь недостаетъ согласія кредитора.

Въ 2-хъ, ссылаются еще на безъимянные контракты. Говорятъ, что простое условіе о мѣнѣ есть nudum pactum. Если бы его сопровождало solutum non repetere, то сторона,

(k) L. 1 § 2 de V. O. (45. 1) „Si quis ita interroget: dabis? responderit: quidni? et is utique in ea causa est ut obligetur. Contra si sine verbis adimisset. Non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adimit: et ideo recte dictum est, non obligari pro eo nec fidejussorem quidem“.

отдавшая свою вещь прежде, не могла бы требовать ее обратно, исполнивъ такимъ образомъ свою naturalis oblig. Но извѣстно, что въ этомъ случаѣ допускалось обратное требованіе въ формѣ condictio ob causam datorum; а потому условіе о мѣнѣ не рождало naturális oblig.

Этотъ доводъ, довольно правдоподобный, можетъ быть вполнѣ отвергнутъ только систематическимъ изложеніемъ безъименныхъ контрактовъ, и въ особенности ихъ исторіи. Здѣсь-же мы ограничимся пока слѣдующими замѣчаніями. Кто исполняетъ условленную мѣну первый, тотъ установляетъ не solvendi, но obligandi causa съ цѣлью вызвать исполненіе съ противной стороны. По этому вопросъ о condictio indebiti и о solutum non repetere не можетъ сюда относиться: онъ у мѣста только въ случаѣ намѣреннои уплаты предполагаемаго, по заблужденію, долга, котораго здѣсь не существуетъ. Кто исполняетъ условіе первый, тотъ вполнѣ сознаетъ данное юридическое отношеніе и уже потому не можетъ требовать исполненнаго обратно посредствомъ, condictio indebiti, не только въ случаѣ несуществованія естественнаго, но и при отсутствіи всякаго обязательства. Обратное требованіе здѣсь вытекаетъ изъ того, что разсчеты на соотвѣтственное исполненіе не осуществились.

§ 10.

ВИДЫ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА. Civilis и naturalis obligatio. ЧАСТНЫЕ СЛУЧАИ naturalis (ПРОДОЛЖЕНІЕ)

B. Недостатокъ правоспособности или правоотправленія.

2. Юридическія отношенія между отцомъ и сыномъ.

Обоюдныя обязательственныя дѣйствія дѣлаютъ отца должникомъ сына, а сына—должникомъ отца. Но подобный долгъ—не есть исковой, (a) а существуетъ только въ видѣ naturalis oblig. сюда, въ особенности, относится погашеніе, вслѣд-

(a) L. 4. 11 de jur. (5. 1), L. 16 de furtis (47. 2). 2 § 67.

ствіе уменьшенія и увеличенія пекулія, совершающееся само собою, безъ всякаго содѣйствія участвующихъ лицъ. (см. выше. § 8 № 3).

3. Юридическія отношенія между господиномъ и рабомъ.

Здѣсь дѣйствуетъ готже принципъ, какъ между отцомъ и сыномъ (b). Вслѣдствіе договоровъ господинъ становится должникомъ раба, (c) и на оборотъ. Объ долговыя претензіи— не исковыя какъ въ моментъ возникновенія, такъ и послѣ отпущенія на волю. Ихъ существованіе и юридическая сила обсуждается по тѣмъ же фактическимъ условіямъ, которыя даютъ начало исковому обязательству между свободными людьми (d).

Какъ послѣдствіе такого долга здѣсь выступаетъ solutum non repetere (e) и, точно также какъ относительно сына, подразумѣваемое уменьшеніе пекулія. (f).

4. Обязательства раба по отношенію къ постороннему лицу. (Прим. b.)

И здѣсь также возникаетъ неисковое обязательство съ изложенными положительными послѣдствіями. Въ особенности упоминается по долгамъ этого рода о solutum non repetere, компенсаціи, о дѣйствительности поручительства, заклада и новаціи (g).

(b) Срав. System T. 2 § 65 и прилож. IV (относится къ этому и слѣдующему случаю).

(c) L. 64 de cond. ind. (12. 6), L. 40 § 3 de cond. (35: 1).

(d) L. 49 § 2 de pec. (15. 1) „Ut debitor vel servus domino, vel dominus servo intelligatur, ex causa civili computandum est“. Изъ этого слѣдуетъ, что господинъ въ силу простой замѣтки въ счётной книжкѣ о долгѣ—своему рабу, не становился должникомъ naturaliter.

(e) L. 64 de cond. ind. (12. 6). Это исключеніе condict. indebiti, какъ послѣдствія, свойственнаго natur. oblig., можетъ проявиться только по освобожденіи, такъ какъ до него, никакой искъ господина не мыслимъ.

(f) L. 5 § 4 de pec. (15. 1), L. 9 § 2—8. L. 11 § 6—9. L. 15. eod., L. 30 pr. de act. emti (19. 1)

(g) L. 14 de O. et A. (44. 7), L. 50 § 2 de pec. (15. 1), L. 13 pr. de cond. ind. (12. 6), L. 20 § 2 de statu lib. (40. 7), L. 19 § 4 de don. (39. 5). Gajus Lib. 3 § 119.

Въ этомъ случаѣ рабъ отличается отъ сына тѣмъ, что filius familias можетъ вступать съ постороннимъ лицомъ въ исковыя долговыя сдѣлки.

5. Обязательство несовершеннолѣтняго безъ auctoritas опекуна.

Этотъ случай, уже со временъ глоссаторовъ, принадлежитъ къ числу важнѣйшихъ спорныхъ вопросовъ римскаго права. Поводомъ къ спору послужили противорѣчивые (на самомъ дѣлѣ или только по видимому) тексты древнихъ юристовъ. Въ интересахъ вѣрнаго пониманія этихъ текстовъ необходимо сдѣлать общій очеркъ способности къ правоотправленію несовершеннолѣтнихъ, именно по отношенію къ обязательствамъ. (h).

По jus gentium способность къ правоотправленію зависитъ исключительно отъ степени развитія индивидуума. Слѣдовательно, если несовершеннолѣтній сознаетъ свойство юридическаго отношенія и сдѣлки, въ которую вступаетъ, то онъ становится должникомъ, и всякая опредѣленная граница возраста, которая, по природѣ своей, всегда отличается положительнымъ характеромъ не можетъ имѣть въ данномъ случаѣ значенія. Этотъ принципъ былъ несомнѣнно признанъ и освященъ въ уголовномъ правѣ, въ обязательствахъ, возникающихъ изъ преступленія ex delicto), а также въ обязательственныхъ сдѣлкахъ, основанныхъ на обманѣ (dolus) и имѣющихъ преступный характеръ (Прим. m). Такимъ образомъ, спорный вопросъ ограничивается обязательственными сдѣлками, не связанными съ dolus.

Для такихъ-то обязательствъ jus civile и учредило искусственную защиту, состоящую въ подчиненіи несовершеннолѣтняго опекуну до совершеннолѣтія и связанную, слѣдовательно, съ упомянутой положительной границей, не обращая никакого вниманія на степень индивидуальнаго развитія. Это подчиненіе, по отношенію къ обязательственнымъ сдѣл-

(h) Срав. System. T. 3. § 107. 108,, гдѣ вопросъ этотъ развитъ систематичнѣе. Изъ новѣйшихъ изслѣдователей, писавшихъ объ этомъ спорномъ вопросѣ, и приводившихъ множество древнѣйшихъ толкованій, нужно замѣтить слѣдующихъ: Глюкъ ч. 4 стр. 62. слѣд. Веберъ ст. 258 Лельевръ natur. oblig. p. 54-60. Рудорфъ. опека II ст. 279. Гешенъ—лекціи § 428 Вангеровъ 1. § 279. Пухта. Пандекты § 238.

камъ (въ частности къ договорамъ) имѣетъ слѣдующій смыслъ. Несовершеннолѣтній можетъ пріобрѣтать право (stipulari) самъ по себѣ, а становиться должникомъ (promittere)—только при посредствѣ auctoritos своего опекуна. (i).

Изъ внимательнаго разсмотрѣнія значенія и цѣли такого безусловнаго принципа оказывается, что онъ имѣетъ только въ виду огражденіе несовершеннолѣтняго отъ возможнаго ущерба. Послѣдовательное развитіе этого положенія даетъ начало — другому родственному принципу, а именно: что несовершеннолѣтній можетъ, безъ соизволенія опекуна, сдѣлаться и должникомъ, если только, благодаря стеченію обстоятельствъ, онъ не терпитъ никакого ущерба, т. е. если онъ, вслѣдствіи сдѣлки обогатился (locupletior factus); тогда его обязательство влечетъ за собою несомнѣнно, даже право иска. Этотъ важный принципъ также признанъ во многихъ текстахъ и нигдѣ нѣтъ даже тѣни противорѣчія ему. Именно, онъ прилагается въ слѣдующихъ случаяхъ:

Несовершеннолѣтній, сдѣлавшій заемъ у своего же опекуна, или пообѣщавшій ему что либо въ формѣ стипуляціи, становится должникомъ, отвѣтственнымъ по иску въ той мѣрѣ, въ какой онъ обогатилая вслѣдствіе сдѣлки. (k).

Тоже самое—и по отношенію къ постороннему лицу вслучаѣ договора ссуды (commodatum) (l) или поклажи (depositum) (m) съ несовершеннолѣтнимъ.

Затѣмъ и въ томъ случаѣ, когда несовершеннолѣтній безъ уполномочія ведетъ чужое дѣло и вслѣдствіе этого обогащает-

---

(i) L. 9 pr. de auct. (26. 8), pr. J. de auct (1. 29), принципъ этотъ представляется несомнѣнно признаннымъ.

(k) L. pr. de auct. (26. 8), см. выше § 5 h. Этотъ именно случай и могъ, главнымъ образомъ возбудить сомнѣніе въ исковомъ свойствѣ обязательства, въ виду собственнаго участія опекуна въ сдѣлкѣ.

(l) L. 1 § 2. L. 3 pr. comm. (13. 6).

(m) L. 1 § 15 depos. (16. 3) „...si apud doli mali jam capacem deposueris, agi posse, si dolum commisit: nam et in quantum locupletior factus est, datur actio in eum, et si dolus non intervenit".

ся (n); наконецъ, когда онъ назначаетъ institor' а и противъ него предъявляется actio institoria (o).

Полному отсутствію auctoritas равносильна, во всѣхъ случаяхъ, и недостаточная auctoritas (p).

Въ четырехъ приведенныхъ (прим. k. l. n p) примѣрахъ, основаніемъ этого принципа выставляется рескриптъ Им. Нія.

Нѣкоторые изъ новѣйшихъ писателей понимаютъ это въ томъ смыслѣ, что принципъ былъ введенъ только рескриптомъ а до него и безъ него принципа не существовало. Очевидно—такой взглядъ ложенъ. И этотъ рескриптъ, подобно всѣмъ другимъ, представлялся только большимъ авторитетомъ и имѣлъ, главнымъ образомъ въ виду, устранить всякое заблужденіе и сомнѣніе (q). Самый же принципъ лежалъ въ естественномъ развитіи кондикцій (condictiones), спеціальное назначеніе которыхъ было—предотвращать всякое случайное и безъосновательное обогащеніе чужимъ имуществомъ. (r) Слѣдующее замѣчаніе убѣдитъ насъ въ томъ, что принципъ этотъ никогда не могъ быть вполнѣ игнорированъ. Къ несовершеннолѣтнему предъявленъ искъ по займу; положимъ, что сумма состоитъ или на лицо (только случайно смѣшана съ его собственными деньгами—обстоятель-

---

(n) L. 3 § 4 de neg. gestis (3. 5) „Pupillus sane, si negotia gesserit, post rescriptum D. Pii conveniri potest in id, quod factus est locupletior: agendo autem, compensationem ejus, quod gessit, patitur".

(o) L. 9. 10 de instit. (14. 3). Вотъ болѣе общія мѣста, гдѣ признается тотъ же принципъ L. 8 § 15 ad Sc. Vell. (16. 1), L. 66 de sol. (46. 3).

(p) L. 1 pr. de auct. (26. 8).

(q) Срав. System. T. 1 § 24. Ульпіанъ, дѣйствительно, говоритъ въ L. 3 § 4 de neg gestis (3. 5) „pupillus... post rescriptum D. Pii conveniri potest" (Прим. n); но это только не точность выраженія, которая не даетъ намъ права допускать, по отношенію къ прежнему времени, противное. Слѣдовало бы только сказать, что этотъ рескриптъ разсѣялъ всякое сомнѣніе.

(r) Срав. выше § 5 h.—Далѣе: System T. 5. Beilage XIV. Num. VIII.—Наконецъ L 14 de cond. ind. (12. 6) „Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem".—Также L. 206 de R. J (50. 17).

ство, исключавшее виндикацію), или обращена имъ въ очень вѣрную долговую претензію, или на нее куплен̈ъ равноцѣнный участокъ земли;—въ этихъ случаяхъ опекунъ не могъ отвести иска направленнаго противъ пупилла, не становясь самъ виновнымъ въ обманѣ, что весьма понятно весь институтъ опеки былъ введенъ только въ интересахъ охраненія опекаемаго, а не для доставленія ему безъ основательныхъ наживъ на чужой счетъ.

Оставляя, такимъ образомъ, въ сторонѣ случаи, когда опекаемый обогатился, мы ограничимъ спорный вопросъ только тѣми, въ которыхъ онъ не обогащался, слѣдовательно, такими, гдѣ пупиллъ вступалъ въ сдѣлки собственно-обязательственныя, т. е. клонившіяся къ егоже личному ущербу. Конечно, здѣсь не существуетъ искового обязательства; но возникаетъ-ли естественное, не исковое, съ особенными его послѣдствіями,—въ этомъ собственно и состоитъ вопросъ.

Выше, было уже упомянуто что произвольно принятая граница зрѣлости (Pubertät) для начала правоотправленія основана на положительномъ правѣ и чужда j. gentium. (s). Отсюда послѣдовательность прямо приводитъ къ признанію въ этомъ случаѣ возникновенія naturalis obligat. съ особенными ея слѣдствіями (§. 8). Римскіе юристы рѣшали этотъ вопросъ то утвердительно, то отрицательно.

Отрицательно и весьма рѣшительно высказались только двое: Люциній Руфинъ и Нераціи. Первый говоритъ: (t). Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem jure naturali obligatur, а второй: (u). Quod pupillus sine tutoris auc toritate stipulanti promisserit (et) solverit, repetitio est: quia nec natura debet. Оба весьма категорически отри-

---

(s). Гай говоритъ Lib. § 189, что учрежденіе опеки существуетъ у всѣхъ народовъ, а потому оно jurisgentium. Однако же отъ этого собственно института, лишающаго несовершеннолѣтняго управленія имуществомъ и переносящаго его на опекуна, совершенно отлична отнимаемая у пупилла до наступленія зрѣлости способность вступать въ юридическія сдѣлки и искусственное дополненіе его дѣятельности чрезъ auc toritas.

(t). L. 59 de O. et. A. (44. 7).

(u). L. 41 de cond. ind. (12. 6).

даютъ существованіе naturalis obligatio; второй присовокупляетъ къ этому отрицаніе ея въ видѣ послѣдствія, solutum non repetere.

Оба, относясь безразлично къ тому обстоятельству—обогатится ли несовершеннолѣтній или нѣтъ,—могутъ быть, согласно буквальному смыслу, понимаемы такъ, что и въ случаѣ обогащенія слѣдуетъ отрицать всякое, даже естественное, обязательство.

По изложеннымъ выше основаніямъ такого вывода допустить нельзя, по крайней мѣрѣ, по отношенію къ Luc. Rufinus'у, жившему уже послѣ имп. Пія. Слѣдовательно приведенныя мѣста должны быть понимаемы со стороны послѣдствій договоровъ самихъ по себѣ, не касаясь особаго послѣдствія, вытекающаго изъ могущаго наступить обогащенія (не обусловливаемаго договоромъ).

Утвердительное рѣшеніе вопроса можно найти во многихъ текстахъ, принадлежащихъ именно первостепеннымъ юристамъ Дигестъ:—Папиніану, Ульпіану и Павлу.

Для уясненія этихъ текстовъ нужно предварительно замѣтить, что въ однихъ признается прямо существованіе самой naturalis obligat., въ другихъ—тѣ или другія характеристическія ея послѣдствія, а въ нѣкоторыхъ—и то, и другое вмѣстѣ.—Далѣе, въ однихъ мѣстахъ о фактѣ обогащенія вовсе не упоминается (т. е. вопросъ о немъ буквально оставленъ безъ разрѣшенія), въ другихъ—фактъ этотъ рѣшительно отрицается. Слѣдовательно, въ первомъ случаѣ можно бы предполагать обогащеніе подразумѣваемымъ, и тогда, конечно, согласно вышеизложенному воззрѣнію, слѣдовало бы, во всякомъ случаѣ, допустить civilis obligatio, и если, въ приведенныхъ мѣстахъ тѣмъ не менѣе утверждается существованіе naturalis obligatio, то выраженіе это слѣдовало бы относить не къ послѣдствіямъ обязательства, а къ его происхожденію, не принимая, однако — столь своеобразной терминологіи безъ особенныхъ основаній. (v).

(v) Мимоходомъ я уже замѣтилъ объ этомъ, по отношенію къ мнѣнію Пухты, состоящему главнымъ образомъ въ томъ, что разсматриваемый нами спорный вопросъ долженъ быть рѣшенъ

Противуположный взглядъ особенно ясно выраженъ въ приведенномъ выше текстѣ Ульпіана (w); содержаніе послѣдняго вкратцѣ, слѣдующее: если несовершеннолѣтній ведетъ чужія дѣла безъ порученія, то слѣдуетъ различать два случая: онъ чрезъ то обогатился, или не обогатился; насколько онъ обогатился, настолько и подлежитъ иску (in id quod factus est locupletior); если же онъ не обогатился, то дѣйствіе его само по себѣ конечно подлежитъ разсмотрѣнію, (quod gessit) какъ основаніе обязательства, но противъ него не можетъ быть иска. Если же самъ онъ въ этомъ случаѣ ищетъ возмѣщенія убытковъ, то подлежитъ компенсаціи въ размѣрѣ убытковъ, причиненныхъ его дѣйствіями (слѣдствіе простаго naturalis oblig., о которомъ, впрочемъ, Ульпіанъ ясно не упоминаетъ).

Также рѣшителенъ одинъ текстъ Сцеволы (x). Если пупиллъ, безъ соизволенія опекуна, въ формѣ стипуляціи обѣщаетъ дать раба, и обезпечиваетъ договоръ поручительствомъ, то противъ него лично нѣтъ иска (nulla petitio est); къ отвѣтственности, напротивъ, можетъ быть привлеченъ поручитель. Послѣднее обстоятельство и есть вѣрный признакъ naturalis obligat. (§ 8), такъ какъ отрицаніе иска противъ пупилла несомнѣнно показываетъ, что послѣдній, по предположенію Сцеволы, не обогатился.

Папиніанъ, въ свою очередь, приводитъ слѣдующій случай (y). Пупиллъ получаетъ извѣстную сумму взаймы безъ

отрицательно, и что признаваемое во многихъ мѣстахъ naturalis obligatio должна быть понимаема въ смыслѣ искового обязательства, въ силу (предполагаемаго) обогащенія, — обязательства, которое только вслѣдствіе своего происхожденія называется naturalis.—Выше я самъ придавалъ такой смыслъ выраженію для объясненія L. 5 pr. de auct. (§ 5. h); но въ данномъ случаѣ принятіе такой терминологіи тѣмъ болѣе основательно и даже совершенно необходимо, что въ самомъ текстѣ обязательство объясняется, какъ исковое.

(w) L. 3 § 4 de neg. gestis (3. 5). приведено выше въ примѣч. n.

(x) L. 127 de U.

(y) L. 95 § 2 de sol. (46. 3)„...non enim quanto locupletior pupillus factus est, consequitur, sed in solidum creditum suum ex hereditate retinet.“ — И въ § 4 тогоже текста

участія опекуна и умираетъ, оставляя кредитора своимъ наслѣдникомъ. Въ вопросѣ объ отношеніяхъ наслѣдника этого къ третьимъ лицамъ (легатарію или фиденкоммиссару), не можетъ быть и рѣчи о томъ, обогатился-ли опекаемый займомъ и насколько, но наслѣдникъ зачисляетъ за собою всю сумму, какъ (при confusio) уплаченный долгъ. Очевидно, здѣсь самый долгъ, независимо отъ обогащенія, признается за naturalis obligatio.

У Папиніана же находится еще слѣдующій случай (z). Пупиллъ, безъ всякаго участія опекуна, получаетъ взаймы изъ

было выражено, что пупиллъ въ силу своихъ договоровъ вступаетъ въ naturalis obligatio, а отсюда выводится заключеніе, что погашеніе главнаго долга договоромъ или присягой ipso jure разрушаетъ обязательство, освобождая, такимъ образомъ, отъ отвѣтственности и поставленнаго пупиллемъ поручителя.

(z) L. 25 § 1 quando dies (36. 2) „...si petitor ad praesens debitum verba retulit, quia nihil ejus debet, nullius momenti legatum erit: quod si verbo debiti naturalem obligationem et futuram solutionem cogitavit, interim nihil Titius petet, quasi tacite condicio inserta sit: non secus ac si ita dixisset, Titio dato quod pupillus solverit.“ — Пухта (и еще прежде другіе) выводитъ объясненіе этого мѣста изъ различныхъ мыслей завѣщателя, слѣдовательно изъ необходимаго толкованія завѣщанія; однако выраженіе petitor, управляющее всею послѣдующею рѣчью, можетъ только съ натяжкой быть отнесено къ завѣщателю, ибо creditor только тогда называется petitor' омъ, когда искъ уже предъявленъ или, по крайней мѣрѣ, имѣется въ виду; вотъ почему и поправка, предлагаемая Готофредомъ - testator — совершенно произвольна. Здѣсь скорѣе рѣчь идетъ о различныхъ мысляхъ и намѣреніяхъ легатаря, который именно готовится предъявить искъ и, въ этомъ смыслѣ, правильно могъ бы назваться petitor' омъ. Впрочемъ, какъ бы различны ни были мнѣнія объ указанной здѣсь противоположности возможныхъ объясненій, — рѣшительный моментъ указаннаго нами мѣста заключается не въ этомъ. Онъ состоитъ въ ясно - выраженномъ признаніи natur. oblig. Пухта же, напротивъ, принимаетъ, что это выраженіе употреблено здѣсь не въ собственномъ, юридическомъ, а въ чисто - фактическомъ смыслѣ кажущагося договора, не имѣющаго никакихъ юридическихъ послѣдствій, но могущаго въ будущемъ получить осуществленіе, въ силу сознательнаго платежа. Однакоже всякое подобное толкованіе должно быть отвергнуто, какъ скоро оно не имѣетъ за себя никакихъ другихъ основаній, кромѣ желанія отстаять при его помощи предвзятое мнѣніе.

вѣстную сумму и не обогащается; кредиторъ легируетъ эту претензію Тиціо. Если Тицій, считая этотъ легатъ за обыкновенный nomenlegatum, захочетъ искать его съ наслѣдника, то ему откажутъ, такъ какъ не представляется дѣйствительнаго долга, который бы могъ быть ему переданъ. Напротивъ, легатъ не будетъ ничтожнымъ въ томъ случаѣ, если легатарь сочтетъ его превращеннымъ въ naturalis obligatio, осуществленіе его слѣдовательно, будетъ зависѣть отъ возможнаго въ будущемъ платежа добровольнаго, а быть можетъ даже по ошибкѣ со стороны самого пупилла. Какъ скоро платежъ этотъ совершился, легатарь можетъ требовать деньги отъ наслѣдника. Здѣсь буквально выражено существованіе naturalis oblig. и притомъ признано въ формѣ одного изъ важнѣйшихъ ея послѣдствій, въ solutum non repetere (§ 8).

Ульпіанъ говоритъ, что дѣйствительная новація предполагаетъ послѣдующую стипуляцію дѣйствительною или civiliter или naturaliter. Въ видѣ примѣра послѣдняго случая онъ упоминаетъ объ обѣщаніи (promissio) пупилла, даннымъ безъ согласія опекуна (aa). Въ этомъ случаѣ совершенно ясно, что онъ предполагаетъ договоръ безъ обогащенія, иначе послѣдній былъ бы дѣйствителенъ civiliter;—далѣе, что здѣсь выраженіе naturaliter teneat не можетъ обозначать происхожденія изъ ius gentium, а только неполную дѣйствительность, потому что противоположеніе promissio, quae civiliter tenet, можетъ относиться только къ послѣдней.

Въ томъ же смыслѣ говоритъ Павелъ: Pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur jure civili (т. е. съ послѣдствіемъ иска) (bb). Тотъ же юристъ обсуждаетъ слѣдую-

---

(aa) L. 1 § 1 de nov. (46. 2) „qualiscunque obligatio.. novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter: utputa si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit.“—И въ другомъмѣстѣ Ульпіанъ говоритъ, что изъ одно-сторонняго обѣщанія пупилла возникаетъ настоящій debitum до того дѣйствительный, что впослѣдствіи на немъ можетъ быть основана законная новація; такъ что позднѣйшая promissio не будетъ носить характера дара. L. 19 § 4. de don. (139. 5).

(bb) L. 43. de O. et A. (44. 7).—По этому, если тотъ же Павелъ въ другомъ мѣстѣ говоритъ, что пупиллъ, обогатившійся

щій казусъ. (cc) Пупиллъ получаетъ въ займы безъ согласія опекуна. Кредиторъ легируетъ должнику раба подъ условіемъ, что должникъ уплатитъ вышеупомянутый долгъ.

Какъ скоро послѣдуетъ совершеніе уплаты, она будетъ имѣть двоякое послѣдствіе: въ 1-хъ, какъ исполненіе условія, во 2-хъ какъ погашеніе naturalis obligat. (которая, стало быть, здѣсь признается). Это второе послѣдствіе настолько независимо отъ перваго, что, если бы даже легатъ былъ недѣйствительнымъ, то и тогда уплаченныя деньги не могли бы быть требуемы обратно (признакъ naturalis obligat. см. выше. § 8).

Помпоній рѣшаетъ слѣдующій случай (dd). Пупиллъ, съ котораго ищутъ засмъ, полученный имъ безъ согласія опекуна,—подъ присягой, потребованный отъ него, клянется въ томъ, что se dare non oportere. Этимъ погашается naturalis obligatio, и произведенный впослѣдствіи (по ошибкѣ) платежъ можетъ быть требуемъ обратно. Если же присяга дается только по предмету недостающей auctoritas, и не касается полученія самого займа, то naturalis obligatio остается въ силѣ и поставленный поручитель впослѣдствіи можетъ быть отвѣтствененъ по иску.—Такимъ образомъ здѣсь несомнѣнно признается naturalis obligatio, какъ естественное обязательство, возникающее изъ простаго договора, и, разсматривая это обязательство въ непосредственной связи съ извѣстными послѣдствіями solutum non repetere и дѣйствительнаго поручительства,—мы придемъ къ заключенію, что вышеупомянутое

полученнымъ въ займы, не можетъ требовать уплаченныхъ имъ обратно денегъ (L. 13 § 1. de cond. ind. 12 6),—то къ этому случаю нельзя примѣнять argumentum a contrario: иначе Павелъ будетъ самъ себѣ противорѣчить. Срав. примѣч. cc.

(cc) L. 21 pr. ad. L. Falc (35. 2) Совершенно подобное же рѣшеніе Марціана находится въ L. 44. de sol. (46. 3) Въ другомъ мѣстѣ Марціанъ также признаетъ, что изъ займа пупилла возникаетъ настоящая naturalis obligatio, которая между прочимъ со всѣмъ наслѣдствомъ пупилла, можетъ быть перенесена на фиденкоммиссара. L. 64 p. r. ad. Sc. Treb. (36. 1).

(dd) L. 42 pr. de jurejur. (12. 2). О случаѣ первой присяги говорится: „naturalis obligatio hac pactione tolletur, ut soluta pecunia repeti possit;“ о случаѣ же второй: „hoc casu fidejussorem praetor non tuebitur.“

выраженіе должно быть принимаемо въ его собственномъ, обыкновенномъ смыслѣ, однозначущемъ съ неисковымъ обязательствомъ, а не съ исковымъ, происшедшимъ ex jus gentium, такъ что, юристъ, обсуждающій вопросъ, предполагаетъ, стало быть, заемъ безъ обогащенія.

Наконецъ, Гай упоминаетъ о пупиллѣ, дающемъ обѣщаніе безъ согласія опекуна: онъ, говоритъ Гай, будетъ non obligatus (именно civiliter), но вступленіе за него sponsor 'а можетъ имѣть послѣдствія. Точно также въ другомъ мѣстѣ онъ высказываетъ, что, хотя обѣщаніе пупилла безъ участія опекуна, есть obligatio nulla (именно civiliter), но, въ видѣ новаціи, она можетъ однакоже погасить прежнее обязательство. (ее). Въ обоихъ случаяхъ признается несомнѣнно неисковое обязательство, съ извѣстными положительными его послѣдствіями (§ 8).

Бросая общій взглядъ на изложенное, мы найдемъ два текста, рѣшающіе спорный вопросъ отрицательно, и множество другихъ (именно принадлежащихъ величайшимъ юристамъ), рѣшающихъ его утвердительно. Уже со временъ глоссы идутъ попытки разрѣшить это кажущееся противорѣчіе и устранить его посредствомъ такого разграниченія: утвердительное рѣшеніе относится къ старшему возрасту пупилла, а отрицательное—къ младшему (pubertati, infantiae proximi); или утвержденіе—къ третьимъ лицамъ, отрицаніе—къ самимъ пупилламъ. Эти и подобныя имъ попытки соглашенія противорѣчивыхъ текстовъ совершенно произвольны и не имѣютъ основанія въ источникахъ. Нѣкоторыя изъ нихъ прямо опровергаются приведенными выше казусами. Въ новѣйшее время отрицательное мнѣніе выдавалось за безусловно истинное, такъ, что признанная во многихъ мѣстахъ naturalis obligatio должна была пониматься въ связи съ случаями обогащенія, въ которыхъ, употребленіемъ этого выраженія, указывается, будто бы, на происхожденіе обязательства, а не на его (неполную) дѣй-

---

(ее) Gajus Lib. 3 § 119. 176. Obligatio nulla est изъ этого послѣдняго мѣста буквально перешло въ § 3 J. quib. mod. toll. obl. (3. 29), и потому тамъ оно должно быть объясняемо точно также.

ствительность (ff). Я пытался опровергнуть это мнѣніе толкованіемъ соотвѣтствующихъ мѣстъ.

Такимъ образомъ, безпристрастное изслѣдованіе приводитъ къ убѣжденію, что соглашеніе упомянутыхъ выше текстовъ на самомъ дѣлѣ не возможно, что они скорѣе представляютъ намъ нерѣшенный споръ римскихъ юристовъ, по недосмотру попавшій въ дигесты. Въ смыслѣ юстиніановскаго законодательства, мы должны дать преимущество утвердительному мнѣнію, не только вслѣдствіе преобладающаго количества такихъ указаній, но и потому, что на этой сторонѣ стоятъ тѣ изъ римскихъ юристовъ, которые всѣми признаны первостепенными; наконецъ, въ пользу этого мнѣнія говоритъ и внутренняя послѣдовательность (примѣч. s) Многіе изъ новѣйшихъ писателей также держатся этого взгляда (gg)

Однако же не безполезно изслѣдовать, какъ образовалась отрицательное мнѣніе нѣкоторыхъ римскихъ юристовъ. Въ пользу его многое можно сказать съ практической стороны, такъ что, если бы вопросъ разсматривался съ точки зрѣнія новыхъ законодательствъ, то предпочтеніе было бы отдано отрицательному мнѣнію. Положительное учрежденіе опеки имѣетъ цѣлью безусловную защиту несовершеннолѣтнихъ вслѣдствіе ихъ неопытности и слабости характера, могущихъ причинить имъ большой вредъ,—даже и въ томъ случаѣ, когда они настолько развиты, что могутъ вполнѣ понимать значеніе предстоящей сдѣлки, которая съ естественной точки зрѣнія (т. е. по jus gentium) не превышаетъ ихъ способности къ правоотправленію.

Если примѣнить все это къ договорамъ, заключаемымъ несовершеннолѣтними безъ посредства опекуна, то станетъ ясно, что защита малолѣтнихъ только противъ исковъ—съ одной

(ff). Пухта. Pandekten § 237. Тексты несогласные съ этимъ мнѣніемъ онъ старается устранить упомянутыми объясненіями; другихъ текстовъ вовсе не касается.

(gg) Рудорфъ и Гёшенъ. См. выше примѣч. h. Точно также и Глюкъ главнымъ образомъ держится этого взгляда, но потомъ опять, по своему обыкновенію, соглашается съ разграниченіями, допускаемыми его предшественниками, и, такимъ образомъ, снова отказывается отъ преимущества упомянутаго взгляда.

стороны, и предоставленіе ихъ на произволъ судьбы въ томъ случаѣ, когда они могли бы потерпѣть вредъ отъ положительныхъ послѣдствій naturalis obligatio—съ другой,—было бы полумѣрою. Казалось болѣе практичнымъ рѣшиться пожертвовать упомянутою послѣдовательностію и лишить договоръ малолѣтнихъ даже послѣдствія naturalis obligat. Въ одномъ совершенно подобномъ случаѣ на дѣлѣ такъ и было. Поручительства женщинъ вслѣдствіе Sc. Vellejanum потеряли силу. Это учрежденіе чуждо j. gentium, и поэтому подобнымъ поручительствамъ, на основаніи указанной послѣдовательности, можно было бы придать силу naturalis oblig.; тѣмъ не менѣе послѣднимъ было отказано въ присвоеніи силы naturalis obligatio (hh).

Съ другой стороны, не слѣдуетъ преувеличивать опасностей, возникающихъ изъ этого положенія. Вслѣдствіе новѣйшаго развитія реституціи, послѣдняя, будучи введена первоначально только для несовершеннолѣтнихъ (puberes), потомъ распространена была и на малолѣтнихъ (ii).

Эта реституція давала несовершеннолѣтнимъ защиту въ тѣхъ случаяхъ, когда они, вслѣдствіе возникшей изъ ихъ дѣйствій naturalis oblig. находились въ опасности какой-либо потери; напримѣръ, если компенсація, упомянутая Ульпіаномъ (примѣч. и), признавалась противъ нихъ дѣйствительною.

Таково положеніе вопроса въ юстиніановомъ правѣ. Что касается теперешняго его приложенія, то изслѣдованіе и установленіе его можетъ имѣть мѣсто только въ ученіи объ опекѣ. При этомъ нужно обратить вниманіе на то, что для насъ различіе между опекою и попечительствомъ надъ несовершеннолѣтними, слѣдовательно и особенности auctoritas, потеряли всякое значеніе. Послѣдствія такого измѣненія, на которое можно смотрѣть съ разныхъ точекъ зрѣнія, требуютъ точнаго и тщательнаго изслѣдованія. Только изъ него можно будетъ узнать, приложимы-ли и въ какомъ видѣ къ нынѣ дѣйствующему праву изложенныя юридическія отношенія.

(hh) L. 40 pr. de cond. ind. (12 6), L. 2 quae res pign. (20. 3), и другіе мѣста.

(ii) Срав. System T. 7. § 322.

6. Обязательство сына, состоящаго подъ отеческою властію, возникшее изъ займа Sc. Macedonianum.

Здѣсь существуетъ naturalis obligatio (kk), въ томъ смыслѣ, что exceptio изъ сенатусконсульта направляется только противъ иска — послѣдній же можетъ быть предъявленъ, или къ сыну (до или послѣ прекращенія отеческой власти) или къ отцу, какъ actio de peculio. Въ этомъ случаѣ наступаютъ обыкновенныя послѣдствія natur. oblig. (§ 8). Слѣдовательно, во первыхъ solutum non repetere (ee); далѣе юридическая дѣйствительность поручительства; однако же и поручитель, по принципу, можетъ въ опроверженіе иска, направленнаго къ нему, сослаться на exceptio; именно: онъ можетъ сдѣлать это во всѣхъ случаяхъ регресса къ главному должнику. Но тогда его обязательство, какъ и обязательство главнаго должника, имѣетъ послѣдствія natur. oblig., такъ что и поручитель также не можетъ требовать обратно уплаченныхъ имъ денегъ (mm).

За тѣмъ дѣйствительность заклада въ обезпеченіе этого долга; только владѣлецъ, также какъ и поручитель, имѣетъ exceptio (nn).

Наконецъ возможность новаціи (oo).

Если спросятъ объ основаніяхъ этого характеристическаго постановленія, то очевидно, что все запрещеніе въ полномъ составѣ есть чисто-положительное и чуждо j. gentium. По обстоятельствамъ оно совершенно сходно съ подобнымъ ему и въ другихъ отношеніяхъ Sc. Vellejanum, при которомъ однако natur. oblig. не сохраняетъ силы. (Примѣч. hh). Положительнымъ запрещеніемъ въ настоящемъ случаѣ надѣялись, повидимому, дѣйствовать менѣе строго противъ самаго займа; оно должно было имѣть силу, не смотря на обманъ, лихоимство, расточительность или другой какой бы то ни было ущербъ для

(kk) L. 10. L. 18 de Sc. Mac. (14. 6).

(ll) L. 9 § 4. 5 de Sc. Mac. (14. 6). L. 26 § 9. L. 40. pr. de cond. ind. (12. 6). L. 14 de R. C. (12. 1). L. 19 de nov. (46. 2).

(mm) L. 9 § 3. 4. L. 10. L. 11. L. 18 de Sc. Mac. (14. 6).

(nn) L. 2 quae res pign. (20. 3).

(oo) L. 19 de nov. (46. 2). L. 20 de Sc. Mac. (14. 6).

интересовъ сына, слѣдовательно и при полной нравственной безукоризненности со стороны кредитора. Выражено оно въ столь общей формѣ съ тою именно цѣлью, что бы имъ тѣмъ вѣрнѣе обнять и предотвратить дѣйствительно опасные и, быть можетъ, наказуемые случаи. Но для предупрежденія ихъ могъ казаться достаточнымъ простой отказъ въ искѣ, такъ какъ ростовщикъ едва-ли рискнулъ бы вступить въ сдѣлку, которая могла найти санкцію только въ послѣдствіяхъ natur. oblig., и то весьма случайныхъ и сомнительныхъ.

§ 11.

II Виды обязательства. Civilis и naturalis obligatio. Частные случаи naturalis. (продолженіе).

C. Строгая послѣдовательность цивильнаго права, не признанная въ j. gentium.

7. Теперь слѣдуютъ нѣсколько случаевъ, въ которыхъ суровая послѣдовательность цивильнаго права ведетъ къ строгости, несообразной съ потребностями гражданскаго оборота и требующей смягченія посредствомъ aequitas преобладающей въ j. gentium.

Сюда относится, во первыхъ случай, когда должникъ назначаетъ кредитора наслѣдниковъ, обременяя реституціею всей массы наслѣдственнаго имущества; кредиторъ вступаетъ въ права наслѣдства, по мимо своей воли и принуждается къ реституціи, теряя такимъ образомъ, право вычета четвертой части (quarta). По строгому праву, претензія здѣсь погашается ipso jure вслѣдствіе confusio, что, очевидно, несогласно съ aequitas; поэтому претензія должна продолжаться въ видѣ naturalis oblig. со всѣми ея обыкновенными послѣдствіями.

Случайная, совершенная по ошибкѣ уплата не можетъ быть, слѣдовательно, требуема обратно и, если въ обезпеченіе долга былъ оставленъ закладъ, то кредиторъ можетъ впослѣдствіи добиться признанія его дѣйствительнымъ, какъ посред-

ствомъ exceptio, если онъ владѣетъ закладомъ, такъ и путемъ иска, если онъ имъ не владѣетъ (a).

8. Второй случай подобнаго рода представляется при minima capitis deminutio въ древнѣйшемъ правѣ. Въ силу послѣдней (напр. при arrogatio) должникъ освобождался отъ долговъ, что очевидно, противорѣчило aequitas и потому долги продолжали существовать въ видѣ natur. oblig. (b).

Это положеніе рано потеряло свое практическое значеніе въ римскомъ правѣ. Подобное освобожденіе представлялось совершенно неестественнымъ и противъ него допускалась неограниченная реституція, такъ что, потерянный самъ по себѣ искъ могъ быть, тѣмъ не менѣе, предъявленъ подъ именемъ fictitia actio (c). Такимъ образомъ, natur. oblig., со всѣми ея особенными, ограниченными послѣдствіями, сдѣлалась здѣсь излишнею, и на практикѣ совершенно исчезла.

Д. Особенныя отношенія исковаго права.

9. Ошибочное освобожденіе должника по рѣшенію, вступившему въ законную силу. Неможетъ быть и спора что подобный должникъ противъ всякаго дальнѣйшаго иска обезпечивается законнымъ возраженіемъ (exceptio), но современъ глоссаторовъ и донынѣ, напротивъ, сильно оспаривался вопросъ: продолжается-ли послѣ такого освобожденія natur. oblig. Высказываясь за продолженіе natur. oblig. (d), я долженъ пред-

(a) L. 59 pr. ad Sc. Treb. (36. 1) „...Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit, et solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio". Для объясненія всего этого мѣста срав. System т. 5 § 250. q.

(b) L. 2 § 2 de cap. min. (4. 5) „Hi, qui capite minuuntur, ex his causis, quae capitis deminutionem praecesserunt, manent obligati naturaliter". — Къ случаямъ этого рода (прим. b) можно примѣнить весьма замѣчательное выраженіе, употребленное Ульпіаномъ по поводу другаго случая (L. 32 pr. de pec. 15. 1): „Sed licet hoc jure contingat, tamen aequitas dictat, judicium in eos dari, qui occasione juris liberantur".

(c) Gajus Lib. 3 § 84, Lib. 4 § 38. Сравн. System. т. 2 § 70, m. o., m. 7 § 333.

(d) Срав. System т. 5 § 249 c, § 250 g. — Одно мѣсто въ L. 8 § 1 ratam rem (46. 8), которое будетъ имѣть значеніе при разрѣшеніи этого вопроса на самомъ дѣлѣ относится не сюда, но къ

варительно замѣтить, что послѣдствія ея, благодаря особенной природѣ упомянутаго возраженія (exceptio) представляются менѣе совершенными, нежели вомногихъ другихъ случаяхъ; обстоятельство, на которое было обращено вниманіе уже выше, въ концѣ § 8.

За продолженіе говоритъ прежде всего общій принципъ. Непоколебимость ошибочнаго судебнаго рѣшенія, вступившаго въ законную силу, основана на чисто положительномъ учрежденіи и чужда j. gentium (§ 5 i).

Косвеннымъ образомъ, но несомнѣнно это признано въ одномъ мѣстѣ институцій, по которому exceptio rei judicatae не основана подобно другимъ эксцепціямъ на свойственной j. gentium aequitas (e).

Но еще важнѣе для насъ цѣлый рядъ текстовъ, въ которыхъ высказаны, примѣнительно къ разбираемому случаю либо прямо существованіе natural. obligatio, либо тѣ или другія особенныя ея послѣдствія.

Важнѣйшимъ изъ упомянутыхъ текстовъ обѣими партіями искони признавалось обсужденіе Павломъ слѣдующаго казуса (f).

процессуальной давности, о которой говорится ниже; имъ мы воспользуемся въ своемъ мѣстѣ.

(e) Въ §§ 1—4 J. de except (4. 12) при цѣломъ рядѣ exceptiones, каковы exc. doli, metus, pacti, jurisjurandi, постоянно приводится въ видѣ ихъ основанія: quia iniquum est, eum condemnari; и въ самомъ дѣлѣ, всѣ эти except. основаны на naturalis aequitas, на jus gentium. За ними, въ § 5, слѣдуетъ exceptio rei judicatae, гдѣ, безъ упоминанія объ iniquum, съ явнымъ разграниченіемъ отъ предшествующаго мѣста, говорится просто: debes per exceptionem rei judicatae adjuvari. (Срав. Syst. т. 5 § 248, с.).—Совершенно ошибочно нѣкоторые изъ новѣйшихъ писателей понимаютъ это мѣсто институцій въ томъ смыслѣ, что доказательная сила его заключается въ словахъ: nihilominus obligatio durat, Ибо совершенно тоже выраженіе находится (въ разнообразныхъ примѣненіяхъ) и въ предшествующихъ параграфахъ, при такихъ exceptiones, когда конечно не продолжалась ни какая naturalis obligatio, а потому это выраженіе вообще относится не къ продолженію, а скорѣе къ совершенно отличнымъ отъ него и противоположнымъ явленіямъ прекращенія, наступающимъ ipso jure, или per exceptionem.

(f) L. 60 pr. de cond. ind. (12. 6).

Julianus verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc judicio, negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus, nec condemnatus repetere possèt. Licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet; similemque esse ei dicit, qui ita promisit: sive navis ex Asia venerit, sive non venerit, quia ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur.

Попытаюсь, прежде всего, изложить прямой и несомнѣнный буквальный смыслъ цитаты.

Къ дѣйствительному должнику предъявленъ искъ; онъ уплачиваетъ послѣ litis contestatio впрочемъ до постановленія рѣшенія, и вскорѣ послѣ того, но въ тотъ же промежутокъ времени, хочетъ требовать уплаченное обратно.

Въ обратномъ требованіи отказываетъ ему Юліанъ (съ которымъ молчаливо соглашается и Павелъ).

Видимое основаніе къ обратному требованію, предполагаемое на сторонѣ должника и опровергаемое въ приведенномъ текстѣ, заключается въ слѣдующемъ: кто уплачиваетъ (по ошибкѣ) долгъ, обусловленный наступленіемъ извѣстнаго событія, тотъ можетъ требовать его обратно потому, что такой долгъ, въ моментъ требованія, не есть еще долгъ, и, смотря по фактическимъ послѣдствіямъ, можетъ быть безусловно существующимъ долгомъ и безусловно несуществующимъ (g).

Съ подобнымъ то условнымъ должникомъ стоитъ, кажется, на одной линіи и упомянутый отвѣтчикъ; ибо въ случаѣ обвиненія, онъ будетъ признанъ должнымъ, въ случаѣ освобожденія—недолжнымъ;—но которое изъ этихъ двухъ послѣдствій наступитъ,—въ данную минуту еще совершенно неизвѣстно и сомнительно. Это-то видимое основаніе Юліанъ подрываетъ слѣдующимъ соображеніемъ. Освобожденіе ни въ какомъ случаѣ не превращаетъ существующаго долга въ несуществующій, такъ какъ дѣйствительный должникъ (который здѣсь не предполагается) продолжаетъ оставаться и послѣ освобожденія въ naturalis obligatio, (natura debitor permanet), а этого вовершенно достаточно для исключенія обратнаго требованія

(g) L. 16 pr. L. 18 de cond. ind. (12. 6).

(condictio) (h) Вышеупомянутый должникъ стоитъ скорѣе на одной линіи съ тѣмъ, кто обѣщаетъ что либо подъ двумя альтернативными условіями, состоящими въ отношеніи противорѣчія. Одно изъ нихъ непремѣнно должно наступить, а потому обѣщаніе, по буквальному выраженію условное, на самомъ дѣлѣ, безусловно.

Изъ предложеннаго объясненія цитаты, опирающагося на точной передачѣ буквальнаго смысла и внутренней связи идей можно сдѣлать два несомнѣнныхъ вывода. Во первыхъ продолженіе natur. oblig. послѣ освобожденія дѣйствительнаго должника; Во 2-хъ, устраненіе condictionis indebiti, представляющееся вездѣ вѣрнѣйшимъ признакомъ и преимущественнѣйшимъ послѣдствіемъ истинной natur. oblig.

Изъ послѣдовательнаго хода мысли очевидно, что Юліанъ отрицаетъ претензію на condictio единственно на этомъ основаніи, не различая: совершилась-ли уже уплата въ данный моментъ во время процесса, (какъ здѣсь и предполагалось) или же послѣ несправедливаго освобожденія; къ обоимъ случаямъ одинаково примѣняется основаніе: natura debitor permanet. Уже однимъ этимъ соображеніемъ весь нашъ вопросъ рѣшается настолько удовлетворительно, что мы, собственно говоря можемъ обойтись безъ всякихъ другихъ подтверждающихъ его цитатъ. Тѣмъ не менѣе однако должны быть взвѣшены порознь, какъ приведенныя уже основанія, такъ и противоположныя имъ. Но прежде, нежели перейдемъ къ оцѣнкѣ тѣхъ и другихъ, нужно еще особо разсмотрѣть: при какой именно фактической обстановкѣ обсуждалъ Юліанъ рѣшенный имъ

(h) Нѣкоторые писатели, безъ всякой нужды, усложняютъ вопросъ, связывая съ нимъ другой: не погашается-ли съ совершеніемъ платежа и naturalis obligatio и вслѣдствіе этого не становится-ли необходимою absolutio. Юліанъ вовсе не спрашиваетъ о вліяніи этого платежа на прежній долгъ, а только о томъ: исключается-ли до платежа, слѣдовательно независимо отъ него, существованіе дѣйствительнаго, вѣрнаго долга простымъ предположеніемъ возможнаго освобожденія. Онъ ставитъ такой вопросъ для того, чтобы затѣмъ рѣшить: было-ли это debitum или indebitum solutum, изъ которыхъ послѣднее и есть главное условіе condictionis indebiti.

казусъ. Простѣйшая и ближайшая обстановка представляется слѣдующей: привлеченный къ суду дѣйствительный должникъ убѣдился, во время процесса, въ своей неправотѣ и совершилъ платежъ; вскорѣ послѣ того, онъ сталъ сожалѣть объ этомъ, разсчитывая на возможное освобожденіе отъ долга. И вотъ онъ хочетъ предъявить condictio indebiti, но Юліанъ отказываетъ ему въ ней.—

Вышеизложенное рѣшеніе вопроса остается и для этого случая справедливымъ; но приведенныя основанія вовсе непдутъ къ нему и потому мы можемъ смѣло утверждать, что Юліанъ разсматривалъ весь казусъ не въ этомъ простѣйшемъ видѣ.

Когда отвѣтчикъ совершилъ платежъ съ яснымъ сознаніемъ обстоятельствъ дѣла, то онъ непремѣнно имѣлъ въ виду прекратить процессъ полною уступчивостью съ своей стороны и дѣйствіе это по существу своему совершенно сходно съ судебнымъ признаніемъ и съ мировой сдѣлкой. (i) Во всѣхъ этихъ случаяхъ о condictio indebiti не можетъ быть и рѣчи, такъ какъ прекращеніе процесса было собственнымъ намѣреніемъ отвѣтчика, приведеннымъ въ исполненіе, не смотря на то, что будущее рѣшеніе могло бы привести даже къ совершенно инымъ результатамъ. (k) Такимъ образомъ вся мотивировка въ приведенной нами цитатѣ вовсе не идетъ къ этой обстановкѣ: хотя бы послѣ освобождающаго рѣшенія и не существовало natur oblig., уплаченное *такимъ образомъ* и тогда не подлежало бы обратному требованію. Предположеніе natur. obligat. было бы, слѣдовательно, при обсужденіи подобнаго казуса, совершенно нелогичнымъ и ошибочнымъ. Главное условіе condictionis—платежъ по заблужденію (l), все таки здѣсь отсутствуетъ и дѣло вовсе не въ томъ: есть ли это обязательство ничтожное само по себѣ, вполнѣ или, не вполнѣ дѣйствительное. Для избѣжанія внутренняго противорѣчія между фактическими условіями, приведенными въ цитатѣ и мотивами рѣшенія, мы должны принять, что Юлі-

(i) Syst. т. 7 § 302. 303.

(k) L. 65 § 1 de cond. ind. (12. 6). L. 2 C. de transact (2. 4).

(l) System т. 3 стр. 360 стр. 448 и слѣд.

анъ, въ обсуждаемомъ имъ казусѣ имѣлъ въ виду отвѣтчика, не обладавшаго предположеннымъ яснымъ пониманіемъ обстоятельствъ дѣла и потому совершившаго платежъ безъ сознательнаго намѣренія прекратить процессъ. Это можно представить себѣ въ такомъ видѣ, что отвѣтчикъ былъ введенъ въ обманъ ложнымъ извѣстіемъ, о проигрышѣ имъ дѣла.

Далѣе, можно допустить, что отвѣтчикъ вообще ничего не зналъ о начавшемся процессѣ, а потому и не могъ совершить платежа съ намѣреніемъ прекратить дѣло, а совершилъ его только съ цѣлью погасить извѣстный ему долгъ. Къ такому случаю совершенно подходятъ мотивы, изложенные въ цитатѣ. Но этотъ же казусъ можетъ быть объясненъ еще инымъ образомъ. Первоначальный должникъ умираетъ тотчасъ послѣ litis-contestatio, а наслѣдникъ его уплачиваетъ извѣстный ему долгъ, ничего не зная о процессѣ. Далѣе должникъ могъ заключить договоръ, внѣ своего мѣстожительства, обязавшись произвести платежъ въ мѣстѣ заключенія договора и, избравъ тамъ же, на случай могущаго возникнуть процесса, повѣреннаго, уполномочилъ его представить возраженіе на искъ (m). Повѣренный, дѣйствительно, предпринялъ litis-contestatio, а должникъ, не имѣя объ этомъ никакихъ извѣстій, совершилъ платежъ въ мѣстѣ своего жительства. Какой нибудь случай въ этомъ родѣ долженъ былъ имѣть въ виду Юліанъ и быть можетъ онъ его и сообщилъ въ точности въ своемъ подробномъ изложеніи, но въ извлеченіи Павла не осталось его и слѣда. Къ этой важной цитатѣ примыкаетъ другая, близко подходящая къ ней и также заимствованная изъ Павла (n): Judex si male absolvit, et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest.

Несправедливость освобожденія здѣсь выражается прямо; а въ предыдущей цитатѣ тоже самое означалось не менѣе опредѣленно словами: verum debitorem; къ этому также пріурочивается устраненіе condictionis indebiti, а потому признается продолженіе natur. oblig. Единственное, часто возбуждавше-

---

m) Срав. Syst. т. 8 § 370.
(n) L. 28 de cond. ind. (12. 6).

еся сомнѣніе заключается въ словахъ: sua sponte, которое можно бы понимать въ смыслѣ: произвольно и съ совершеннымъ сознаніемъ истинныхъ обстоятельствъ дѣла, слѣдовательно вполнѣ безошибочно, такъ что отсутствіе ошибки, а не предполагаемая natur. oblig и было бы основаніемъ исключенія condictionis. Но это объясненіе должно быть совершенно отвергнуто въ виду словъ: si male absolvit, которыя нельзя оставить безъ вниманія. Въ самомъ дѣлѣ: когда отвѣтчикъ, послѣ справедливаго освобожденія уплачиваетъ сознательно, не по ошибкѣ—къ чему онъ можетъ имѣть многія побужденія (напр. великодушіе, состраданіе, поддержаніе своего кредита; желаніе видѣть только свое право признаннымъ), то condictio также исключается, и рѣшеніе Павла было бы по этому одинаково справедливо для случая: „si recte absolvit (o): Вотъ почему невозможно допустить, чтобъ слова: si male absolvit были вставлены въ приведенную цитату, если бы она имѣла предположенный нашими противниками смыслъ. Такимъ образомъ остается только объяснять слова: sua sponte—съ моей точки зрѣнія. Сами по себѣ они выражаютъ только произволъ, безъ всякаго указанія на мотивъ или на какое-либо состояніе сознанія. Они вставлены, на самомъ дѣлѣ, съ одною цѣлью сдѣлать для читателя наглядными фактическія отношенія. Именно, могло бы казаться непонятнымъ то обстоятельство, что освобожденный уплатилъ. Обвиненный платитъ или потому, что его принуждаетъ къ этому судья, или потому, что желаетъ предотвратить принужденіе, слѣдовательно, во всякомъ случаѣ противъ своей воли. Подобныхъ мотивовъ, конечно, не существуетъ у освобожденнаго отвѣтчика, такъ что онъ, во всякомъ случаѣ, долженъ считаться дѣйствующимъ добровольно, все равно—дѣйствовалъ-ли онъ по ошибкѣ или сознательно.

Такимъ образомъ, мы можемъ утверждать далѣе, что послѣ освобожденія главнаго должника, прежнее поручительство продолжается и новое можетъ быть установлено. Это выте-

---

(o) L. 26 § 3 de cond. ind. (12. 6) „Indebitum.... accipimus... et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat; quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit“.

кается изъ указаннаго выше общаго принципа, по которому дѣйствительное поручительство допускается и по неисковому обязательству (§ 8. m.); на это же указываетъ замѣчательное косвенное признаніе въ одномъ текстѣ Ульпіана (p), по которому дозволяется установленіе поручительства впродолженіе процесса, основаніемъ чему приводится соображеніе, что въ долговой претензіи, поступившей на разсмотрѣніе суда, можетъ содержаться кромѣ цивильнаго элемента еще естественный. Основаніе это замѣчательнымъ образомъ согласуется съ объясненнымъ выше мѣстомъ Юліана. Ульпіанъ хочетъ этимъ сказать: даже въ томъ случаѣ, когда отвѣтчикъ долженъ быть освобожденъ, и если бы даже поручительство было установлено только послѣ освобожденія, всетаки естественный элементъ обязательства остается и достаточенъ для поддержанія поручительства; только конечно, дѣйствія подобнаго поручительства весьма ограничены. Въ случаѣ привлеченія поручителя къ суду, онъ можетъ защищаться посредствомъ exceptio rei judicatae, точно также, какъ мы видѣли выше, по Sc. Macedonianum,— слѣдовательно не безусловно, такъ какъ поручитель даже не участвовалъ въ процессѣ, а настолько, насколько онъ имѣетъ регрессъ къ главному должнику. Понятно, что еслибы поручителю было отказано въ exceptio (q), то должникъ лишался бы всѣхъ правъ, вытекающихъ для него изъ освобожденія. Въ подобномъ же положеніи находится и закладное право послѣ несправедливаго освобожденія должника

(p) L. 8 § 3 de fid. (46. 1) „Et post litem contestatam fidejussor accipi potest, quia et civilis et naturalis subest obligatio; et hoc et Julianus admittit, eoque jure utimur". Примѣненіе къ случаю послѣдующаго освобожденія въ этомъ текстѣ (по крайней мѣрѣ, на сколько онъ вошелъ въ Дигесты) не выражено; но за то ясно изложено примѣненіе къ случаю обвинительнаго рѣшенія.

q) Въ L 7 § 1 de except. (44. 1) Поручителю, повидимому, дается exceptio rei judicatae безусловно и въ то же время этотъ случай приравнивается къ exceptio Sc. Macedoniani, гдѣ exceptio принадлежитъ только поручителю, имѣющему регрессъ (§ 10. m); поэтому мы имѣемъ право примѣнить то же ограниченіе и къ exceptio rei judicatae поручителя, частью вслѣдствіе только - что упомянутаго сопостановленія обѣихъ exceptiones, частью въ силу вышеприведенныхъ въ текстѣ внутреннихъ основаній.

отъ долговаго требованія.—Закладное право продолжаетъ дѣйствовать и при неисковомъ обязательствѣ (§ 80), слѣдовательно, и послѣ несправедливаго освобожденія. Въ случаѣ предъявленія hypothecaria actio къ самому владѣющему закладомъ должнику, послѣдній можетъ противопоставить иску exceptio rei judicatae, и въ этомъ смыслѣ можно сказать: pignus liberatur; искъ же, предъявленный противъ третьяго лица, владѣющаго закладомъ, не подлежитъ такому ограниченію. (r)

Наконецъ, нужно еще упомянуть о компенсаціи въ этомъ отношеніи. Претензія можетъ быть компенсирована даже послѣ несправедливаго освобождающаго рѣшенія потому, что для этой цѣли считается пригоднымъ всякое неисковое обязательство (s). Если же отвѣтчикъ желаетъ осуществить компенсацію черезъ doli exceptio, то послѣдняя можетъ быть опровергнута посредствомъ replicatio rei judicatae, при чемъ, слѣдовательно, опять проявится весьма ограниченное дѣйствіе той продолжающейся natur. oblig. на которую было уже указано выше (въ концѣ § 8.).

Втеченіе всего предъидущаго изслѣдованія, послѣдствія несправедливаго освобожденія были взвѣшиваемы исключительно съ точки зрѣнія Юстиніановаго права, именно въ формѣ exceptio

---

(r) Главныя мѣста: L. 27 de pign. (20. 1), и L. 13 quibus modis pign. (20, 6). Ср. System. т. 5 § 250 g. Лишеніе третьяго лица, владѣющаго закладомъ—exceptio, должно быть понимаемо только по отношенію къ владѣльцу, не состоящему съ должникомъ въ юридической связи; если же онъ является въ качествѣ даже сингулярнаго преемника должника, то ему во всякомъ случаѣ присвоется exceptio. Срав. System. т. 6 § 301 h. i.

(s) См. выше § 8. i. На самомъ дѣлѣ, мы не въ состояніи привести указанія на такую возможность компенсаціи. Въ особенности сюда не подходитъ L. 2 C. de comp. (4. 31), которая конечно можетъ быть объясняема различнымъ образомъ и даже подвергалась уже толкованію. Объясненіе ея, основанное на внутреннемъ смыслѣ, таково: кто совершаетъ платежъ вслѣдствіе рѣшенія, вступившаго въ законную силу, тотъ ни въ какомъ случаѣ не можетъ требовать обратно уплоченнаго (хотя бы даже онъ въ данный моментъ желалъ доказать несуществованіе долга), а, слѣдовательно, также не можетъ пользоваться этимъ обратнымъ требованіемъ, какъ средствомъ для компенсаціи. Но если онъ еще не уплатилъ и будетъ понуждаемъ къ платежу чрезъ judicati actio, то, безъ сомнѣнія, можетъ противопоставить иску принадлежащую ему (другую) встрѣчную претензію въ видѣ компенсаціи.

rei judicatae; въ интересахъ полноты бросимъ еще взглядъ на древнѣйшее право.

Здѣсь обстоятельства сложились такъ, что именно въ важнѣйшихъ и болѣе выдающихся случаяхъ послѣдствія освобожденія были далеко рѣшительнѣе.

Такъ, если въ какомъ-либо legitimum judicium, формула предъявленнаго иска имѣла juris civilis intentio, то exceptio rei judicatae была безполезна потому, что сначала litiscontestatio, а затѣмъ новое рѣшеніе разрушало всѣ прежнія юридическія отношенія ipso jure (t). Такимъ образомъ дѣйствительный должникъ, освобожденный по ошибкѣ, становился уже свободнымъ ipso jure; и вотъ спрашивается: въ какомъ отношеніи находится этотъ послѣдній фактъ къ вопросу о продолжительности naturalis obligat? Можно бы предположить, что сказанное безусловное дѣйствіе рѣшенія совершенно уничтожало въ этомъ случаѣ и naturalis obligatio. Хотя мы не имѣемъ никакихъ указаній на такой выводъ, но предположеніе это, какъ въ высшей степени неправдоподобное, все-таки должно быть отвергнуто. Дѣло въ томъ, что упомянутая здѣсь юридическая форма далеко превосходила своимъ положительнымъ характеромъ даже принципъ непоколебимости несправедливаго рѣшенія, вступившаго въ законную силу, и была слѣдовательно совершенно чужда j. gentium,—а потому мы должны прямо допустить, что въ древнемъ правѣ naturalis obligatio продолжалась даже въ указанныхъ выше строгихъ случаяхъ, и что exceptio rei judicatae, игравшая въ прочихъ процессахъ роль суррогата погашенія и уцѣлѣвшая въ новѣйшемъ правѣ, въ этомъ именно пунктѣ вовсе не отличалась отъ вышеупомянутой болѣе строгой юридической формы.

Было бы еще несообразнѣе предположить различіе въ древнемъ правѣ обѣихъ этихъ юридическихъ формъ и дѣйствіе ихъ въ противоположномъ направленіи.—Такое предположеніе имѣло бы тотъ смыслъ, что въ случаяхъ строгаго процесса допускалось продолженіе naturalis obligatio противъ освобожденна-

(t) Gajus Lib. 4 § 106. 107. Lib. 3 § 180. 181. Эта строжайшая форма выступала именно во всѣхъ процессахъ, производившихся въ Римѣ, по займу, стипуляціямъ и другимъ контрактамъ.

го, тогда какъ въ прочихъ случаяхъ, менѣе формальныхъ, naturalis obligatio разрушалась освобождающимъ рѣшеніемъ,— что противорѣчитъ всякой аналогіи естественнаго развитія права. Строгій институтъ древности, подчинявшійся буквѣ, производилъ бы въ такомъ случаѣ менѣе рѣшительное дѣйствіе, относясь терпимѣе къ jus gentium, нежели болѣе свободный институтъ новѣйшаго времени, развившійся подъ несомнѣннымъ вліяніемъ свободныхъ воззрѣній юристовъ.

Теперь я возвращусь къ началу всего изслѣдованія съ цѣлью указать на отношеніе другихъ юристовъ къ нашему спорному вопросу. До новѣйшаго времени на вопросъ этотъ было потрачено много труда и таланта; оба мнѣнія имѣютъ на своей сторонѣ извѣстныхъ представителей.

Противъ продолженія naturalis obligat. высказались: Вангеровъ, Пфордтенъ и Вэхтеръ (u) Изъ нихъ въ особенности Пфордтенъ необыкновенно тщательно отнесся къ изслѣдованію, изложивъ, главнымъ образомъ, исторію отдѣльныхъ догматическихъ вопросовъ. Онъ, какъ и всѣ другіе, признаетъ, что въ источникахъ разобранное нами подробно рѣшеніе Юліана (Примѣч. f.), составляетъ средоточіе всего изслѣдованія, и старается ослабить доказательную силу этого рѣшенія въ пользу мнѣнія противоположнаго слѣдующимъ образомъ (v). Naturalis obligatio должна была, безъ сомнѣнія, продолжаться въ тѣхъ случаяхъ древнѣйшаго права, гдѣ освобожденіе разрушало прежнее право кредитора ipso jure (Прим. t); во всѣхъ же другихъ случаяхъ—не продолжалась; рѣшеніе Юліана относилось къ одному изъ указанныхъ случаевъ; слѣдовательно, для новѣйшаго права, въ которомъ изчезла спеціальная юридическая сила этого института, оно не можетъ имѣть болѣе значенія.—Выше я старался доказать, что разграниченію случаевъ, содержащемуся въ древнѣйшемъ пра-

---

(u) Vangerow т. 1 (1839) § 173, гдѣ приведены также и многіе изъ прежнихъ писателей. Pfordten въ Archiv für civil. Praxis т. 24 (1841) Стр. 108—153, и Pfordten diss. de obligationis civilis in naturalem transitu (Lips. 1843) § 7.—Wächter Erörterungen. т. 3. (1846) стр. 27—34.

(v) Pfordten стр. 140—153.

вѣ,—когда рѣшеніе дѣйствовало ipso jure или per exceptionem,— нельзя приписывать никакого вліянія на продолженіе naturalis obligat, а тѣмъ менѣе такого, какое приписываетъ ему Пфордтенъ (оно скорѣе было противоположное). Кромѣ того подобное толкованіе рѣшенія Юліана должно быть всецѣло отвергнуто еще по двумъ другимъ основаніямъ во 1-хъ, потому, что предположить такой случай, къ которому будто относилось рѣшеніе, будетъ совершенно произвольно, такъ какъ ни одно слово разобранной цитаты не даетъ къ этому повода; во 2-хъ, мы вынуждены будемъ тогда допустить, что компиляторы, по какой-то невѣроятной ошибкѣ, внесли указаніе на продолжающееся существованіе naturalis oblig. въ Дигесты, хотя въ ихъ время не могло уже представиться ни одного случая для такого существованія naturalis oblig.

За продолженіе naturalis obligat, т. е. за мнѣніе, защищаемое мною, высказались: Пухта и Фейнъ (w); придерживаются средины Кирульфъ и Бухка (x). Они допускаютъ существованіе ея по римскому праву, въ дѣйствующемъ же правѣ, по ихъ мнѣнію, должно быть иначе; но какъ именно, и почему — остается неизвѣстнымъ. Кирульфъ, въ особенности, порицаетъ римскихъ юристовъ за допущеніе ими продолженія nat. oblig; что, по его предположенію, можетъ быть объяснено только ограниченностью этихъ юристовъ, мѣшавшей имъ отрѣшиться отъ республиканской догмы.

10. Давность личнаго иска. О дѣйствіи этой давности искони велся большой споръ. Наименьшею сравнительно популярностью пользовалось мнѣніе, по которому (покрайней мѣрѣ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ) обязательство, не исключая и naturalis obligat., должно было прекращаться ipso jure. Почти всѣ согласны съ тѣмъ, что давность погашаетъ обязательство только per exceptionem, и спорнымъ остается (какъ и при освобожденіи по ошибкѣ) только вопросъ: продолжается ли затѣмъ naturalis obligatio?

(w) Puchta. Pandekten § 293—E. Fein, Archiv т. 26 (1843) стр. 161—200, стр. 359—400, гдѣ находится также подробное опроверженіе Пфордтена, стр. 376.

(x) Kierulff. т. 1 (1839) стр. 43. Buchka Einflusz des Prozesses т. 1 (1846) стр. 315 и слѣд., т. 2 стр. 200.

Въ другомъ мѣстѣ я уже подробно высказался за продолженіе ея (y); а потому здѣсь сошлюсь только на прежнее подробное изслѣдованіе этого предмета вообще, дополнивъ его разборомъ доводовъ одного изъ новѣйшихъ противниковъ моего мнѣнія (z).

Пфордтенъ соглашается съ выставленнымъ мною принципомъ, по которому naturalis obligatio остается неприкосновенною въ томъ случаѣ, когда прекращеніе обязательства основано не на jus gentium, и утверждаетъ только, что исковая давность въ сущности основана на послѣднемъ. Отсюда онъ выводитъ, что naturalis obligatio погашается исковою давностью за исключеніемъ обязательствъ, обезпеченныхъ закладомъ. Происхожденіе же давности изъ jus gentium онъ старается доказать тѣмъ, что послѣдняя введена преторомъ который всегда слѣдовалъ предписаніямъ j. gentium.—Эти доводы я считаю весьма слабыми. Исковая давность не можетъ быть выводима изъ jus gentium уже потому, что по природѣ своей она есть такое же произвольное и чисто-положительное учрежденіе, какъ и всякая норма, основанная на числовыхъ отношеніяхъ (a). За тѣмъ у самихъ Римлянъ большая часть исковъ и важнѣйшіе изъ нихъ до эпохи христіанскихъ императоровъ не подлежали никакой давности; вотъ почему Римляне и не могли смотрѣть на давность, какъ на юридическій институтъ, общій всѣмъ цивилизованнымъ народамъ.—Сверхъ того, исковую давность не слѣдуетъ считать результатомъ преторскаго эдикта. Преторы обусловили годичнымъ срокомъ только иски, введенные ими самими (которые они могли ограничивать по произволу); всѣ же цивильные иски, т. е. многочисленнѣйшіе и важнѣйшіе, подверглись давности не въ силу эдикта, а вслѣдствіе императорскихъ законовъ, т. е. по цивильному праву. Наконецъ, и помимо всѣхъ этихъ доводовъ, упомянутое воззрѣніе должно быть отвергнуто уже потому, что отождествленіе преторскаго права съ j. gentium—совершенно

(y) System т. 5 § 248—251.

(z) Pfordten § 6 приведеннаго въ примѣч. u. латинскаго сочиненія.

(aa) Обыкновенныя исковыя давности колеблются между одногодичнымъ и тридцатью-годичнымъ срокомъ; нѣкоторыя сокращаются до 6 мѣсячнаго и удлиняются до сто-лѣтняго срока.

ошибочно. Правда, что многія положенія j gentium перешли въ эдиктъ; но большая часть послѣдняго имѣетъ иное происхожденіе (bb).

11. Процессуальная давность личнаго иска.

По древнему праву, всякій искъ, по отношенію къ истцу, терялся, коль скоро процессъ длился извѣстное время и не былъ разрѣшенъ судомъ (c.c). Это правило, очевидно, было чуждо j. gentium, а потому naturalis obligatio должна была продолжаться.

Такое продолженіе признается отчасти непосредственно и вообще, отчасти — въ приложеніи къ тѣмъ или другимъ важнѣйшимъ послѣдствіямъ, именно: въ исключеніи condictio indebiti и въ продолжаемости закладного права (dd).

12 jus iniquum.

Если лицо, облеченное судейскою властью вводило произвольный, новый принципъ права, то оно само подвергалось дѣйствію того же принципа въ ущербъ собственнымъ будущимъ процессамъ. Этому же наказанію подлежала и сторона, подавшая своими предложеніями поводъ къ этой несправедливости (ee). Отсюда можно, между прочимъ, вывести, что подобному лицу будетъ отказано въ искѣ, даже основательномъ. — Но этотъ ущербъ, какъ и всякое другое наказаніе, чуждъ j. gentium; а потому, подобный долгъ продолжаетъ существовать въ видѣ naturalis obligat, и если должникъ уплачиваетъ его, хотя-бы по ошибкѣ, то онъ не можетъ требовать его обратно въ силу condictio indebiti (ff).

(bb) Я предостерегалъ уже отъ отождествленія j. gentium съ j. honorarium въ другомъ мѣстѣ. System т. I § 22 p. 118.

(cc) Gajus Lib. 4 § 104. 105.

(dd) L. 8 § 1 ratam rem (46. 8) „...quia naturale debitum manet.“—L. 30 § 1 ad L. Aqu. (9. 2). Въ обоихъ этихъ мѣстахъ рѣчь идетъ о кредиторѣ „qui litem amisit“, а одинъ разъ говорится „quod litem tempore amisit.“—Уже видоизмѣненное второе выраженіе доказываетъ, что litem amittere слѣдуетъ понимать здѣсь не въ смыслѣ освобожденія (или лучше — потери процесса), но въ смыслѣ давности иска. Срав. System. т. 5 § 249 d. Keller Litiscontestation стр. 158, 158. Pfordten (прим. (u) § 5.

(ee) L. 1 § 1 quod quisque juris (2. 2).

(ff) L. 3 § 7 eod. „Ex hac causa solutum repeti non posse Julianus putat; superesse enim naturalem causam, quae in-

§ 12.

II. различные виды обязательства. Civilis и naturalis obligatio. частные случаи naturalis. (продолженіе).

Теперь подлежатъ разсмотрѣнію многіе случаи, которые иногда также носятъ названіе naturalis obligatio, но влекутъ за собою не всѣ ея послѣдствія, а только нѣкоторыя изъ нихъ.

1. Сюда, вопервыхъ, относится обязательство замужней женщины, дающей своему мужу приданое, считая себя по ошибкѣ къ тому обязанной (напр., въ силу договора). Все, отданное, не смотря на ошибку, не подлежитъ обратному требованію, такъ какъ жена должна была принести приданое въ силу естественнаго обязательства (a). Такимъ образомъ здѣсь мы ви-

---

hibet repetitionem.“ Это наказаніе всегда примѣняется только adversario postulante L. 1 § 1 L. 3 § 2 eod. Слѣдовательно, въ упомянутомъ здѣсь случаѣ, искъ долженъ считаться парализованнымъ per exceptionem.

(a) L. 32 § 2 de cond. ind. (12. 6) „Mulier, si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit. Sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.“ Правда, здѣсь нѣтъ выраженія naturalis obligatio, а говорится только pietatis causa; но послѣдствіе, непосредственно связанное съ этими словами—solutum non repetere—даетъ право понимать ихъ въ значеніи natur. oblig. Puchta (Cursus т. 3, стр. 66). отрицаетъ, какъ въ этомъ, такъ и въ слѣдующемъ случаѣ существованіе истинной natur. oblig. и допускаетъ только нравственное обязательство; а потому обратное требованіе представляется ему безнравственностью, которую право не должно охранять.—Впрочемъ, безнравственность эта существуетъ здѣсь не безусловно, а зависитъ скорѣе отъ индивидуальныхъ обстоятельствъ; но съ другой стороны, есть много нравственныхъ обязательствъ (pietatis causae), каковы благодѣянія, родственная любовь и проч., къ которымъ, какъ извѣстно, не примѣняется solutum non repetere въ случаѣ платежа по ошибкѣ.—Пухта, повидимому, даетъ слишкомъ большое значеніе выраженію pietatis causa, котораго однако нѣтъ въ слѣдующемъ случаѣ.—То же самое naturalis obligatio, въ силу котораго жена доставляетъ приданое, должно быть распространено и на отца жены, дающаго за дочерью приданое въ формѣ стипуляціи и счита-

димъ solutum non repetere, объемъ и предѣлы котораго вполнѣ опредѣляются отданнымъ объектомъ. О другихъ же послѣдствіяхъ нѣтъ и рѣчи, да они, на самомъ дѣлѣ, не могутъ имѣть примѣненія по неопредѣленности предмета. Такъ напр. не мыслимо, чтобы мужъ, въ случаѣ взысканія съ него женою по договору, имѣлъ право компенсировать искъ упомянутымъ естественнымъ обязательствомъ жены. Нигдѣ не говорится, что жена обязана принести въ приданое все свое имущество, и потому не возможно опредѣлить, какую сумму мужъ могъ бы компенсировать.

Вѣроятно, главный интересъ, вызвавшій установленіе такого правила, состоялъ въ желаніи радикальнаго искорененія въ этомъ случаѣ самой идеи о дарѣ. Съ одной стороны, всякій даръ между супругами былъ запрещенъ и объявленъ ничтожнымъ, а съ другой—доставленіе приданаго, особенно со стороны жены, признавалось естественнымъ и желательнымъ, имѣло-ли оно мѣсто до совершенія брака или послѣ. Для вѣрнѣйшаго устраненія этого видимаго противорѣчія необходимо было признать существованіе naturalis obligat. жены доставлять приданое, величина котораго остается неопредѣленною; при этомъ всякое дѣйствительное доставленіе (хотя бы по ошибкѣ) считалось уплатою долга, чѣмъ исключалась всякая идея о дарѣ (b).

2. Совершенно аналогичный характеръ представляютъ и услуги вольноотпущеннаго по отношенію къ патрону.

Онѣ бываютъ то fabriles (физическія или умственныя), то officiales (личныя, нравственныя). Здѣсь рѣчь идетъ объ услугахъ втораго рода, которыя только и могутъ быть предметомъ личныхъ патронатскихъ отношеній; что же касается услугъ перваго рода, то онѣ, уже по своей природѣ, могутъ быть обѣщаемы и оказываемы какъ патрону, такъ и постороннему лицу. (c).

ющаго себя, по ошибкѣ, должникомъ дочери. L. 46 § 2 de j. dot. (23. 3). Лицо постороннее имѣло бы, въ случаѣ такой ошибки, какъ право на искъ объ освобожденіи, такъ и на doli exceptio. L. 7 pr. § 1 de doli exc. (44. 4).

(q) Срав. System т. 4 стр. 53, 54, 82, 174.

(c) L. 6 L. 9—12 de op. libert. (38. 1).

Патронъ не могъ путемъ иска требовать officiales operae, если онѣ не были обѣщаны ему по договору; но въ этомъ случаѣ признавалось неисковое обязательство. Послѣдствіемъ его было то, что исполненное вольноотпущеннымъ натурою или уплаченное деньгами подъ вліяніемъ ошибочнаго предположенія о существованіи договора, не давало ему права на condictio indebiti (d). Другія послѣдствія, какъ компенсація и проч. не могли и здѣсь имѣть мѣста вслѣдствіе тѣхъ же основаній, которыя указаны въ вопросѣ о приданомъ, такъ какъ самый предметъ обязательства, по существу своему неопредѣленный, незамѣняемый, могъ опредѣлиться не иначе, какъ въ формѣ дѣйствительнаго исполненія и тогда только сдѣлаться способнымъ произвести юридическое послѣдствіе.

3. Actio de peculio.

Когда, вслѣдствіе долга раба или сына отцу семейства предъявляется actio de peculio, то послѣдній пользуется привиллегіею не платить болѣе того, сколько стоитъ пекулій въ моментъ рѣшенія дѣла. Но если онъ, добровольно или по ошибкѣ, уплатитъ болѣе, то не имѣетъ права на обратное требованіе (e). Повидимому это ясное положеніе можно счесть за признакъ и доказательство существованія naturalis oblig., т. е. несовершеннаго, неисковаго обязательства. При ближайшемъ разсмотрѣніи,это предположеніе однако не оправдывается.

Отецъ семейства, дающій пекулій, тѣмъ самымъ обязывается безусловно отвѣчать за всѣ юридическія сдѣлки получающаго пекулій не зависимо отъ того, какова будетъ наличная цѣнность пекулія въ то или другое время. Указанное выше ограниченіе цѣнности пекулія вовсе не касалось сама-

(d) L. 26 § 12 de cond. ind. (12. 6) „...condicere eum non posse... natura enim operas patrono libertus debet". Здѣсь мы на самомъ дѣлѣ видимъ выраженіе: natura debet (синонимъ naturalis obligatio), которое не упоминается и не встрѣчается въ приданомъ (прим. a). Пухта, относясь совершенно одинаково къ обоимъ случаямъ, вынужденъ допустить, что послѣднее выраженіе употреблено здѣсь не въ техническомъ смыслѣ, а только для обозначенія чисто-нравственнаго обязательства.

(e) L. 12 de cond. ind. (12. 6) „Si is, cum quo de peculio actum est, per imprudentiam plus, quam in peculio est, solverit, repetere non potest."

го долга, но только дѣйствительнаго исполненія; и по терминологіи древняго процесса помѣщалось не въ intentio (которая всегда направлялась на полный долгъ), но въ condemnatio: отвѣтчикъ защищается противъ полнаго взысканія только посредствомъ отсрочивающаго, временнаго возраженія (exceptio dilatoria). Слѣдовательно, въ случаѣ будущаго приращенія пекулія, неуплоченная часть долга могла быть отыскиваема дополнительнымъ искомъ (f); отсюда неопровержимое заключеніе: что долгъ, самъ по себѣ, всегда существовалъ, какъ civilis obligatio на полную сумму.

Съ перваго взгляда, этотъ выводъ какъ будто противорѣчитъ тому правилу, въ силу котораго судебное рѣшеніе, по отношенію ко всѣмъ частямъ спорнаго предмета, не вошедшимъ въ него, должно почитаться отказомъ (g); на этомъ можно было бы, въ случаѣ иска о неуплоченной части, построить возраженіе въ томъ смыслѣ, что о спорномъ предметѣ уже состоялось рѣшеніе. Стало быть здѣсь прежнее рѣшеніе слѣдуетъ понимать такъ, что, присуждая одну часть долга, оно вмѣстѣ съ тѣмъ дѣлаетъ оговорку о будущемъ дополнительномъ искѣ на остальную часть. Дѣлалась-ли эта оговорка и въ какихъ именно выраженіяхъ,—вопросъ второстепенный и чисто формальный. Въ римскомъ процессѣ она проще всего могла осуществляться обезпеченіемъ (cautio), возлагаемымъ на отвѣтчика.

4. Beneficium competentiae. Такъ назыв. beneficium competentiae сопряжено съ тѣми же юридическими отношеніями, которыя мы только-что изложили при actio de peculio. Если тотъ, кому присвоено beneficium, напр. отвѣтчикъ по actio pro socio, не въ состояніи уплатить полной суммы, составляющей

(f) L. 30 § 4 de pec. „Is, qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest.“ Съ этимъ также связана мысль, что цѣнность пекулія должна быть опредѣляема по моменту рѣшенія, а не по времени предъявленія иска. L. 30 pr. L. 32 § 1 eod.—Относительно вліянія отсрочивающей эксцепціи (exceptio dilatoria) на долгъ, сравн. L. 55 de V. S. (50. 16). „... qui autem temporalem exceptionem timet, similis est conditionali creditori.“ (Срав. System т. 5. стр. 175—177).

(g) Срав. System т. 6. стр. 303.

долгъ, то онъ присуждается къ платежу только части его; въ случаѣ же уплаты, по ошибкѣ, всего долга (напр. при содѣйствіи третьяго лица), онъ лишается права на обратное требованіе (h), — обстоятельство, рождающее, повидимому, простую natur. oblig; но это только повидимому, какъ и въ предыдущемъ случаѣ. Полный долгъ и здѣсь всегда существовалъ, какъ civilis obligatio, и отвѣтчикъ, въ силу отсрочивающей (временной) эксцепціи (exceptio dilatoria), отклонялъ только на время присужденіе къ уплатѣ полнаго долга, т. е. исполненіе; такимъ образомъ различіе въ данномъ случаѣ отъ другихъ обыкновенныхъ личныхъ исковъ сказывается въ древнемъ процессѣ, только въ condemnatio, а не въ intentio.

Справедливость такого заключенія неопровержимо доказывается тѣмъ, что (продолжающаяся) civilis obligatio можетъ дать поводъ къ новому иску остальной части долга, коль скоро должникъ пріобрѣтетъ новое имущество (i).

Въ слѣдующихъ случаяхъ, гдѣ, по мнѣнію нѣкоторыхъ также существуетъ naturalis obligatio, представляется еще менѣе основаній и даже внѣшнихъ поводовъ къ признанію таковой, нежели въ предыдущихъ.

Въ нашихъ источникахъ какъ-то случайно упоминается, что въ силу дара можно обязать одареннаго naturaliter къ услугамъ въ видѣ признательности. Объ этомъ говорится, очевидно, въ чисто-фактическомъ, а не юридическомъ смыслѣ,

---

(h) L. 8. 9 de cond. ind. (12. 6).

(i) L. 8 C. soluto matr. (4. 18).—Въ интересахъ большей надежности и въ этомъ случаѣ съ отвѣтчика могло быть взято обезпеченіе въ формѣ promissio на случай будущаго пріобрѣтенія имущества. L. 63 § 4 pro soc. (17. 2). Было бы совершенно ошибочно принять эту возможность новаго иска и требованія обозначенія за исходный пунктъ различія между сопоставленными здѣсь исками или между древнимъ и новымъ правомъ и основывать на такомъ предположеніи объясненіе относительнаго значенія трехъ приведенныхъ мѣстъ (прим. f и i). Въ сущности это только различныя выраженія одного и того же юридическаго принципа. L. Fein, Arch. т. 26 стр. 368, совершенно основательно укоряетъ меня въ томъ, что прежде я отождествлялъ такъ наз. beneficium competentiae съ случаями истинной naturalis obligat.

и на этомъ фактѣ нельзя было бы основать напр. solutum non repetere (k).

Точно также, въ другихъ мѣстахъ рѣчь идетъ о дѣйствіяхъ, вызванныхъ чувствомъ чести, силою обычая или приличія. Сюда относится случай, когда наслѣдникъ уплачиваетъ вполнѣ возложенные на него легаты или фидейкоммиссы, тогда какъ, по общему закону или согласно волѣ умершаго, онъ имѣлъ право сдѣлать вычетъ. (l). Было бы крайне несправедливо примѣнять сюда понятіе natur. oblig. съ ея особенными послѣдствіями (§ 8). Эти случаи имѣютъ юридическую природу, только другаго рода. Вышеприведенные мотивы именно устраняли идею д а р а и, такимъ образомъ, исключали приложимость спеціальныхъ постановленій о дареніи къ этимъ случаямъ (m).

Еще важнѣе отвергнуть существованіе naturalis obligat., признаваемую многими въ тѣхъ многочисленныхъ случаяхъ, когда самъ положительный законъ строго-принудительнаго характера не дозволяетъ возникновенія обязательства. Такъ какъ подобныя запрещенія чужды jus gentium, то многіе допускаютъ здѣсь существованіе natur. oblig. со всѣми послѣдствіями, упуская изъ виду то обстоятельство, что необходимость подобныхъ запретительныхъ законовъ въ каждомъ отдѣльномъ государствѣ должна быть признаваема также и съ точки зрѣнія j. gentium. На это заблужденіе было уже указано выше (§ 7 t. u).

Сюда относятся обязательства, происшедшія изъ лихвенныхъ договоровъ, долговъ по игрѣ, договоровъ расточителя, изъ полюбовныхъ сдѣлокъ объ алиментахъ (n) и т. д.

(k) L. 25 § 11 de her. pet. (5. 3) „...quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverint.“ L. 54 § 1 de furtis (47. 2) „ beneficii debitorem sibi adquirere. Срав. System. т. 4 § 154 h, i, k.

(l) L. 5 § 15 de don. int. vir. (24. 1) „plenius officium fidei praestandae.“ L. 2 C. de fid. (6. 42) „cum ex conscientia relicti fideicommissi defuncti voluntati satisfactum esse videatur.“

(m) System т. 4 стр. 83, 84.

(n) L. 8 pr. § 17 de transact. (2. 15), L. 8 C. eod. (2. 4).

Приложеніе этого важнаго принципа зависитъ отъ правильнаго опредѣленія границъ упомянутаго нами рода законовъ.

Конечно, во многихъ случаяхъ границы очевидны, но и при очевидности могутъ встрѣтиться случаи сомнительные, и тогда вся задача должна быть направлена на точное изслѣдованіе спеціальной цѣли обсуждаемаго закона, такъ какъ для объясненія ея ни идея положительнаго закона вообще, ни идея абсолютнаго сами по себѣ недостаточны (o). Только съ этой точки зрѣнія и можно понять, почему Sc. Macedonianum, рядомъ съ запрещеніемъ, допускалъ существованіе natur. oblig., а Sc. Vellejanum—не допускалъ. (p).

Въ заключеніе замѣтимъ еще, что римскіе юристы, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, нетолько сомнѣвались, но и оспаривали существованіе natur. oblig. и ея послѣдствій въ смыслѣ основанія для поручительства или прекращенія дѣйствительнаго обязательства чрезъ новацію (q).

§ 13.

Виды обязательства. Civilis и naturalis obligatio. Частные случаи naturalis. (продолженіе).

Для яснаго представленія изложенныхъ случаевъ natur. oblig. въ полной систематической связи, слѣдуетъ разсмотрѣть съ высшей точки зрѣнія всѣ разнообразные виды дѣйствительныхъ и недѣйствительныхъ обязательствъ вообще.

Нормальное и вмѣстѣ съ тѣмъ самое обыкновенное состояніе обязательства есть полная и всесторонняя его дѣйствительность, какъ по j. civile, такъ и j. gentium; при чемъ происхожденіе обязательства (§ 5) совершенно безразлично.

Абсолютную противоположность этому случаю мы видимъ

(o) System т. 8 § 349.
(p) System т. 5 стр. 375. 379.
(q) Gajus Lib. 3. § 119. 179.

въ полномъ отрицаніи дѣйствительности обязательства какъ по j. civile, такъ и по j. gentium.

Средину составляютъ различные случаи неполной дѣйствительности. Въ этомъ отношеніи необходимо обратить вниманіе на слѣдующія три независимыя другъ отъ друга, противоположныя состоянія, смѣшеніе которыхъ нерѣдко вызывало недоразумѣнія.

Во 1-хъ, обязательство можетъ б ы т ь или с т а т ь недѣйствительнымъ смотря потому, существовала-ли недѣйствительность съ самаго начала или наступила потомъ въ силу присоединенія послѣдующаго обстоятельства (a). Для послѣдствій обязательства это безразлично.

Во 2-хъ, исковое обязательство можетъ быть или стать недѣйствительнымъ то ipso jure, то per exceptionem (b). Весьма важное значеніе этихъ противоположныхъ состояній выражалось въ римскомъ процессѣ въ томъ, что судья (judex) обязанъ былъ во всякомъ случаѣ обращать вниманіе на ipso jure, а на per exceptionem во многихъ искахъ только тогда, когда оно было выражено въ формулѣ; для насъ это различіе потеряло значеніе. Впрочемъ различіе это опирается еще на одну болѣе общую и глубокую противоположность, которая существуетъ и имѣетъ значеніе и въ новомъ правѣ съ тою только разницею, что у насъ нѣтъ опредѣленныхъ формъ, служившихъ Римлянамъ для легкаго и точнаго распознаванія того или другаго случая (c).—Сущность же этой общей и дѣйствующей противоположности состоитъ въ томъ, что въ случаѣ ipso jure право кредитора совершенно не существуетъ; на противъ, въ слу-

---

(a) Это различіе, въ приложеніи къ natur. oblig., которая сама есть не полное обязательство (§ 7), очень вѣрно выражено у Н у х т ы такимъ образомъ: основаніе его лежитъ или въ несовершенномъ возникновеніи или въ несовершенномъ прекращеніи обязательства.

(b) Срав. System т. 5 отъ § 225 до 228.

(c) Должно-ли было обязательство, возникшее изъ стипуляціи, поглащаться согласно намѣренію сторонъ ipso jure или per exceptionem,—это легко и вѣрно опредѣлялось употребленіемъ акцентиляціи или неформальнаго договора. Для насъ теперь труднѣе объяснять эту волю въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ.

чаѣ per exceptionem должникъ имѣетъ личное, самостоятельное право относиться къ праву кредитора (на самомъ дѣлѣ существующему) такъ, какъ бы его вовсе не было (d).

Въ 3-хъ, противодѣйствующая причина, обусловливающая недѣйствительность обязательства, можетъ имѣть начало и л и въ одномъ jus civile, и л и въ одномъ jus gentium. Если она вытекаетъ изъ того и другаго вмѣстѣ, то наступаетъ упомянутый уже случай абсолютнаго отрицанія всякаго обязательства.

Обозрѣвая перечисленныя противоположности, мы должны различать тѣ случаи, когда обязательство нормальное и дѣйствительное со всѣхъ сторонъ представляется несовершеннымъ въ одномъ какомъ либо отношеніи.

A. Исковое обязательство (civilis obligatio) можетъ быть парализовано въ своихъ послѣдствіяхъ per exceptionem двоякимъ образомъ:

1. во 1-хъ, безъ санкціи состороны j. gentium, такъ что оно остается и получаетъ силу въ смыслѣ natur. oblig.

2. во 2-хъ, при санкціи j. gentium, такъ что оно становится недѣйствительнымъ даже въ смыслѣ natur. oblig.

B. Nulla jure civili obligatio можетъ получить такой характеръ:

3. или, при отсутствіи санкціи j. gentium, сохраняя положительныя послѣдствія natur. oblig.

4. или, при санкціи j. gentium, не имѣя въ этомъ случаѣ послѣдствій даже и natur. oblig.

Отсюда—четыре возможныя комбинаціи или категоріи возможныхъ случаевъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ понятно, что всѣ изложенные выше частные случаи истинныхъ natur. oblig. (§ 9, 10, 11) должны имѣть мѣсто въ первой или третьей изъ этихъ категорій.

(d) Срав. System т. 5 стр. 157, 158.—Часто и неосновательно смѣшиваютъ эту противоположность съ противоположностью между цивильнымъ и преторскимъ правомъ (въ томъ отношеніи, что многія эксцепціи принадлежатъ вполнѣ улучшенному праву); также неосновательно видѣли эту противоположность въ томъ, что отвѣтчикъ долженъ былъ, доказывать недѣйствительность per exceptionem, а не ipso jure.

1 Civilis obligatio, недѣйствительная per exceptionem, но неисключающая дѣйствительной natur. oblig. Сюда принадлежатъ слѣдующіе изъ вышеупомянутыхъ случаевъ.

Senatusconsultum Macedonianum (№ 6 въ § 10).

Ошибочное освобожденіе дѣйствительнаго должника (№ 9 въ § 11).

Давность личнаго иска (№ 10 въ § 11).

Jus iniquum (№ 12 въ § 11) (e).

2. Civilis obligatio, парализованная въ своей дѣйствительности per exceptionem и не имѣющая даже послѣдствій natur. oblig. Сюда относятся всѣ обязательства, потерявшія исковую силу вслѣдствіе exceptio, doli, metus, pacti, jurisjurandi; также вслѣдствіе exceptio Sc. Vellejani, о которомъ мы поговоримъ особо въ этомъ параграфѣ.

3. Nulla jure civili obligatio (f), неисключающая дѣйствительной natur. oblig. Сюда принадлежатъ слѣдующіе изъ приведенныхъ выше случаевъ.

Nudum pactum (№ 1 въ § 9).

Отношенія между отцомъ и сыномъ (№ 2 въ § 10).

Отношенія между господиномъ и рабомъ (№ 3 въ § 10).

Обязательство раба по отношенію къ постороннему лицу. (№ 4 въ § 10).

Обязательство малолѣтняго (№ 5 въ § 10).

Реституція фиденкоммисса (№ 7 въ § 11).

Minima capitis deminutio (№ 8 въ § 11).

Процессуальная давность (№ 11 въ § 11).

4. Nulla jure civili obligatio, недѣйствительная даже какъ naturalis obligatio. Эти случаи всегда представляютъ собою абсолютное отрицаніе обязательства со всѣми мыслимыми его послѣдствіями.

Сюда относятся договоры безумнаго или ребенка.

(e) Объ основаніи, по которому этотъ случай помѣщенъ здѣсь въ числѣ исковъ, погашаемыхъ per exceptionem, срав. выше § 11, ff.

(f) Во всѣхъ этихъ случаяхъ, обязательство есть nulla ipso jure obligatio, т. е. ему совершенно недостаетъ основанія иска, тогда какъ въ случаяхъ двухъ предъидущихъ категорій искъ самъ по себѣ имѣетъ основаніе, но парализуется per exceptionem.

Далѣе—обязательства, отвергаемыя принудительными законами, о чемъ говорилось уже выше, въ концѣ § 12-го.

Наконецъ, обязательства уже погашенныя, но не всѣми способами погашенія, а большинствомъ ихъ и самыми важными, каковы: платежъ, новація, акцептиляція, конфузіо и т. д.

Изъ всѣхъ четырехъ категорій только вторая нуждается въ подробномъ изслѣдованіи, такъ какъ ея существо вызвало множество недоразумѣній, которыя необходимо устранить.

Во 1-хъ слѣдуетъ установить границу между этою категоріею и первою, гдѣ рядомъ съ эксцепціею, парализующею искъ, существуетъ дѣйствительная naturalis obligatio.—По какимъ признакамъ можемъ мы узнать, имѣетъ ли эксцепція свойство, допускающее существованіе natur. oblig. или исключичающее ее?

Самый распространенный способъ разграниченія, подтверждаемый многими мѣстами изъ римскихъ юристовъ, состоитъ въ слѣдующемъ: необходимо изслѣдовать, была ли эксцепція введена съ цѣлью наказать кредитора или же для покровительства должнику. Однако этотъ способъ, какъ неосновательный, долженъ быть отвергнутъ (g). Скорѣе, истинная граница можетъ быть опредѣлена такимъ соображеніемъ: когда эксцепція согласна съ принципами j. gentium (naturalis ratio или aequitas), то и naturalis obligatio теряетъ силу; если же, напротивъ, эксцепція основана не на j. gentium, а на нормахъ положительнаго права, то naturalis obligatio остается дѣйствительною.—

Справедливость такого разграниченія подтверждается слѣдующими основаніями: во 1-хъ, изложенною выше внутреннею связью natur. oblig. съ jus gentium вообще (§ 7)—во 2-хъ, представленнымъ въ общемъ обзорѣ приложеніемъ указаннаго принципа къ частнымъ случаямъ, легко и несомнѣнно объясняемымъ послѣдними, съ единственнымъ исключеніемъ Sc. Vellejani, о которомъ мы сейчасъ поговоримъ и наконецъ, въ 3-хъ,

---

(g) Обо всемъ этомъ вопросѣ срав. System. т. 5 § 249.

слѣдующимъ мѣстомъ Юліана (h), которымъ, по словамъ Марцелла, прямо подтверждается такое разграниченіе:

Marcellus: Desinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem justam, nec ab aequitate naturali abhorrentem.

Смыслъ мѣста таковъ: должникъ почитается свободнымъ отъ своего долга нетолько въ случаѣ полнаго погашенія (напр. уплатою), но и тогда, когда онъ пріобрѣтаетъ противъ иска своего кредитора эксцепцію, основанную на юридическихъ правилахъ, а такими эксцепціями по справедливости могутъ быть только правила согласныя съ naturalis aequitas (jus gentium), а не противныя ей (i)

Слѣдовательно, Юліанъ хочетъ сказать: когда, рядомъ съ пріобрѣтеннымъ j. exceptionis существуетъ naturalis obligatio, то должникъ еще не перестаетъ быть debitor' омъ (k) потому, что продолжаются еще многія важныя послѣдствія обязательственнаго отношенія (какъ напр. въ случаѣ личнаго иска, погашеннаго давностью); напротивъ, когда эксцепція согласна съ j. gentium (напр. exc. pacti. jurisjurandi),то ни подъ какимъ видомъ его нельзя назвать debitor' омъ, даже въ переносномъ значеніи этого слова.

(h) L. 66 de R. J. (50. 17) изъ Julianus lib. LX. Digestorum.

(i) О тождественности naturalis ratio (т. е. aequitas naturalis). съ jus gentium въ томъ смыслѣ, что первая составляетъ содержаніе послѣдняго, прямо говорится въ L. 9 de J. et J. (1. 1) и § 1 de j. nat. (1. 2), извлеченныхъ изъ Гая L. 1 § 1.—Срав. также System. т. 1 стр. 110.

(k) Тотъ же Юліанъ, изъ котораго извлечена эта цитата, въ другомъ мѣстѣ говоритъ, что naturales debitores могутъ, по справедливости, называться debitores, хотя только minus proprie и per abusionem. Срав. мѣсто, внесенное въ § 7 въ прим. p., а также мѣста, приведенныя въ § 7 прим. f, g, h. Слѣдовательно, терминологія была въ этомъ отношеніи нѣсколько неопредѣленна и сбивчива. Такимъ образомъ, если во многихъ мѣстахъ говорится: creditor is est, qui exceptione (perpetua) summoveri non potest (L. 55 L. 10 de V. S., L. 42 § 1 de O. et A), то это безусловное выраженіе слѣдуетъ объяснять отчасти упомянутою различною терминологіею, отчасти тѣмъ обстоятельствомъ, что въ этихъ мѣстахъ, подразумѣвается преимущественно эксцепціи, основанныя на jus gentium, каковы: exc. pacti, doli, jurisjurandi, которыя и въ другихъ мѣстахъ встрѣчались чаще.

Представленное объясненіе приведеннаго текста и, въ особенности, выраженіе exceptio justa необходимо еще подкрѣпить и дополнить изслѣдованіемъ другихъ сходныхъ по содержанію текстовъ. Говорится, что actio (искъ) можетъ быть justa (основана на правѣ), но при данныхъ обстоятельствахъ iniqua; тогда искъ отвергается различными эксцепціями (exceptiones) (l).

Есть выраженія еще ближе подходящія къ нашему тексту: exceptio могла быть prima facie justa, но въ то же время iniqua; въ этомъ случаѣ она могла быть отвергнута чрезъ replicatio (m). То же самое и въ тѣхъ же выраженіяхъ повторяется далѣе при дупликахъ и трипликахъ (n). Эти мѣста, подобно приведенному говорятъ объ exceptio justa, не согласной съ jus gentium (iniqua ab aequitate naturali abhorrens). Такимъ образомъ, предыдущее замѣчаніе необходимо только дополнить слѣдующимъ. Хотя во всѣхъ подобныхъ случаяхъ на ряду съ дѣйствительнымъ jus exceptionis должна существовать naturalis obligatio, но они различаются тѣмъ, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ exceptio парализуется репликою (o), а въ другихъ нѣтъ. Такъ напр. exceptio Sc. Macedoniani, rei judicatae и т. д. не парализуется репликою потому, что она основана на предписаніяхъ положительнаго права, цѣль которыхъ и состоитъ именно въ томъ, чтобы искъ непремѣнно былъ парализованъ эксцепціею (p).

(l) pr. J. de except. (4. 14).

(m) pr. J. de replic. (4. 14). „Interdum evenit, ut exceptio quae prima facie justa videtur, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi actoris gratia, quae replicatio vocatur.“ Почти буквально съ Гаемъ Lib. 4 § 126.

(n) § 1. 2 J. de replic. (4. 14), изъ Гая Lib. 4 § 127, 128.

(o) У Гая и въ институціяхъ случай парализаціи pacti exceptio посредствомъ pacti replicatio выводится изъ послѣдующаго договора. Точно также несомнѣнно и replicatio doli, metus, jurisjurandi, когда договоръ о невзысканіи былъ заключенъ вслѣдствіи обмана, угрозы, или когда онъ отвергнутъ подъ присягой.—Kierulff стр. 185 совершенно произвольно считаетъ exceptio non ab aequitate naturali abhorrens за эксцепцію, которой нельзя противопоставить никакой replicatio. Подобное же объясненіе Fein'a стр. 388 exceptio justa—также произвольно.

(p) Столь подробное изслѣдованіе этого вопроса, которое можетъ даже показаться страннымъ, вызвано желаніемъ опровергнуть

Мы уже замѣтили, что Sc. Vellejani составляетъ исключеніе изъ этого принципа въ томъ отношеніи, что, будучи по природѣ своей положительнымъ и чуждымъ j gentium, какъ и exceptio Sc. Macedoniani, онъ не допускаетъ однако существованія naturalis obligatio (g). Очевидно, что защита женщинъ, желавшихъ принимать на себя страхъ за чужое имущество (intercessio) казалась недостаточною, безъ отрицанія также и всѣхъ послѣдствій поручительства, косвенно связанныхъ съ naturalis obligatio. И вотъ, создали для этого исключительнаго случая, такъ сказать, искусственную naturalis aequitas (r); и какъ ни казалось страннымъ такое состояніе съ перваго взгляда, но въ сущности послѣдствія его одинаковы съ недопущеніемъ запретительными законами приложенія j. gentium къ частнымъ случаямъ.—(§ 7, t, u, § 12, p).

Далѣе, нужно еще изслѣдовать, какимъ техническимъ выраженіемъ могутъ быть отличаемы обязательства упомянутой категоріи отъ другихъ. Есть одно такое выраженіе: inanis obligatio. Такъ въ особенности называется стипуляція, основанная на безнравственномъ мотивѣ, въ томъ смыслѣ, что она вполнѣ

противоположное мнѣніе одного изъ новѣйшихъ писателей. Именно Fein (Archiv т. 26 стр. 385 до 393) вначалѣ отзывается съ похвалою о моемъ разграниченіи, основанномъ на jus gentium; но затѣмъ онъ отвергаетъ его и высказывается въ пользу (какъ онъ думаетъ) иного правила, по которому необходимо изслѣдовать, есть ли exceptio ab aequitate naturali abhorrens. Кажется, мнѣ удалось доказать, что это только различныя выраженія одного и того же правила. Buchka I. стр 320 и слѣд. понялъ этотъ вопросъ правильно.

(q) О несуществованіи этого обязательства и что именно solutum repeti potest, ясно говоритъ L. 40 pr. de cond. ind. (12. 6); срав. System т. 5 стр. 375. 379.—Однако эта защита женщинъ имѣетъ такой же положительный, полицейской характеръ, какъ и Sc. Macedonianum; ибо неспособность взрослыхъ женщинъ къ поручительству также чужда j. gentium, какъ и вообще ихъ неспособность вступать въ сдѣлки (признаваемая въ древнѣйшемъ правѣ) (Срав. Gajus Lib. 1 § 189. 190).

(r) L. 2 § 2 ad Sc. Vell. (16. 1) „...cum eas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit aequum...“

парализуется посредствомъ doli exceptio (s); точно также и поручительство женщины, которому противопостовляется exceptio Sc. Vellejani (t).

Нѣкоторые употребляютъ въ этомъ случаѣ названіе: inefficax obligatio; но въ смыслѣ термина выраженіе это д. б. отвергнуто. Правда, такъ одинъ разъ названа стипуляція, которой противопоставляется doli exceptio, и тогда случай этотъ дѣйствительно подходилъ бы къ разсматриваемому нами (u); но такимъ же выраженіемъ обозначается и условная стипуляція, когда условіе стало невозможнымъ (v), а этотъ случай ни коимъ образомъ не можетъ относиться къ нашему вопросу потому, что здѣсь обязательство совершенно ничтожно, какъ-бы его никогда не существовало.—Впрочемъ, выраженіе это не приложимо къ нашему случаю въ особенности потому, что во многихъ мѣстахъ искъ, возникшій изъ стипуляціи, которому противопоставляется pacti или doli или metus exceptio, называется efficax actio (w), очевидно, въ томъ смыслѣ, что искъ, самъ по себѣ основательный, парализуется только per exceptionem. Выраженія: efficax и inefficax обозначаютъ, слѣдовательно, дѣйствительность или недѣйствительность въ извѣстномъ отношеніи, вовсе не разрѣшая вопроса объ основаніи или степени дѣйствительности или недѣйствительности. Совершенно въ томъ же неопредѣленномъ смыслѣ выраженіе inefficax употребляютъ и для обозначенія другихъ юридическихъ понятій, напр. inefficax traditio, decretum, sententia, pactum, legatum, ademtio.

Донеллъ обозначаетъ случаи, о которыхъ мы говоримъ, выраженіемъ: obligatio sine re (x), очевидно, по аналогіи съ

(s) L. 8 cond. ob turp. (12. 5).

(t) L. 8 § 9 ad Sc Vell. (16 1), L. 95 § 2 de sol. (46. 3).—L. 24 mand. (17 1), которая могла бы примѣняться также къ недѣйствительности иска вслѣдствіе несостоятельности должника, вовсе не убѣдительна, какъ и L. 39 de don. int. v. (24. 1), гдѣ выраженіе inanis stipulatio означаетъ ничтожную стипуляцію.

(u) L. 13. de j. dot. (23. 3).

(v) L. 11 § 5 de receptis (4. 8).

(w) § 1. 3 J. de except. (4. 12).

(x) Donellus Lib. 12 C. 2. § 2.

bonorum possessio sine re. Источники не даютъ намъ права принять и это выраженіе въ техническомъ смыслѣ; но сближеніе съ другими юридическим институтами, на которое указываетъ это выраженіе, умѣстно и выясняетъ дѣло.

Наконецъ, необходимо ближе опредѣлить юридическія отношенія, вытекающія изъ обязательствъ разсматриваемой категоріи.

Такъ какъ искъ исключается здѣсь посредствомъ эксценціи, и въ то же время не существуетъ naturalis obligatio, то можно было бы подумать, что обязательства эти должны стать на одну линію съ абсолютно ничтожными. Однако они отличаются отъ послѣднихъ слѣдующими признаками, благодаря которымъ и могутъ получить случайно извѣстную степень дѣйствительности.

Во 1-хъ, эти эксценціи основаны, подобно другимъ, на правѣ извѣстнаго лица; слѣдовательно никакимъ образомъ не могутъ служить опорою для другаго лица, если оно не состоитъ въ юридическихъ отношеніяхъ съ первымъ.

Во 2-хъ, онѣ основываются всегда на самостоятельномъ правѣ, которое развивается и прекращается независимо отъ обязательства: въ послѣднемъ случаѣ первоначальное обязательство является вполнѣ дѣйствительнымъ, какъ право исковое (y).

Наконецъ, въ 3-хъ, исковое обязательство могло получить полную дѣйствительность потому, что преторъ не вставилъ эксценцію въ формулу,—если при томъ искъ былъ такого свойства, что судья, не имѣлъ права собственною властью принять во вниманіе эксценцію.

Такъ или иначе, но обстоятельства, вслѣдствіе которыхъ подобное обязательство можетъ стать впослѣдствіи дѣйствительнымъ, совершенно случайны и чужды его существу. Такимъ образомъ, inanis obligatio равносильна ничтожному обязательству между лицами первоначально его заключившими. (z)

(y) L. 95 § 2 de sol. (46. 3) „incipit obligatio civilis auxilium exceptionis amittere.“ L. 27 § 2 de pactis. Срав. System т. 5 стр. 157.

(z) L. 7 § 8 de dolo (4. 3) „...debere dici, quasi nulla actio sit, quae exceptione repellitur, de dolo decernendam.“—L. 25 de V. O. (45. 1) „quia superior quasi nulla sit exceptione obstante.“—L. 112 de R. J. (50. 17) „Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.“

§ 14.

II. Виды обязательства. Civilis и naturalis obligatio. Дѣйствующее право.

Въ заключеніе намъ остается изслѣдовать положеніе natur. oblig. въ дѣйствующемъ правѣ.

Выше, при изложеніи частныхъ вопросовъ, мы видѣли уже, что предметъ этотъ породилъ множество заблужденій у новѣйшихъ писателей. Но еще вреднѣе были ложные принципы, господствовавшіе въ этой области прежде и потерявшіе значеніе только въ новѣйшее время.

Сюда относится, во первыхъ, воззрѣніе, приписывавшее всякой обязанности, возникающей изъ права естественнаго, полную силу и въ области гражданскаго права, если только эта обязанность прямо не противорѣчила положительному праву или не ослаблялась имъ въ своей дѣйствительности. Воззрѣніе это основывалось на полномъ незнакомствѣ съ римскимъ понятіемъ о jus gentium (въ связи съ naturalis ratio). Послѣднее Римляне считали также за положительное право, но отличающееся отъ jus civile по чисто-историческимъ причинамъ.

Затѣмъ, укажемъ на другаго рода воззрѣніе часто, впрочемъ, совпадающее съ предъидущимъ, это—теоріи нравственныхъ обязательствъ (обязанности совѣсти), которымъ законъ иногда, попроизволу, давалъ силу юридическихъ (a).

Значеніе изложенной теоріи должно быть признано въ общихъ чертахъ и въ новѣйшемъ правѣ, хотя большая часть приведенныхъ выше случаевъ сдѣлалась непримѣнимою по разнымъ причинамъ (b).

Неформальный договоръ (№ 1) не можетъ болѣе считаться источникомъ простой naturalis oblig. потому, что въ дѣйствующемъ правѣ, какъ увидимъ ниже, онъ имѣетъ иск. Юриди-

(a) Объ этихъ прежнихъ воззрѣніяхъ срав. Puchta Pandekten § 237. прим. d.

(b) Такого же взгляда держится и Unterholzner 1 § 9.

ческія отношенія, обусловленныя рабствомъ (№ 3. 4), потеряли для насъ значеніе, какъ и наказаніе изъ jus iniquum (№ 12)—мѣра тѣсно связанная съ римскимъ государственнымъ устройствомъ. — Capitis deminutio со всѣми ея особенными послѣдствіями (№ 8) и процессуальная давность (№ 11) вышли изъ употребленія еще при Юстиніанѣ.

Изъ случаевъ, существующихъ и теперь, многіе примѣняются очень рѣдко, а потому имѣютъ небольшое практическое значеніе.

Важнѣйшими изъ нихъ, для практики настоящаго времени, могли бы считаться еще: давность личнаго иска (№ 10) и незаконное освобожденіе дѣйствительнаго должника. (№ 9) Но послѣдній случай уже въ римскомъ правѣ имѣлъ весьма ограниченное значеніе. (§ 11). Сверхъ того, удовлетворительному приложенію того и другаго препятствуютъ слѣдующія обстоятельства. Во-первыхъ, многочисленные контроверзы писателей, затрудняющіе судей на практикѣ; отсюда необходимость большаго, сравнительно съ существующимъ у насъ, распространенія науки права, путемъ основательнаго преподаванія.—Далѣе, весь этотъ институтъ получилъ весьма жалкій видъ вслѣдствіе исчезновенія многихъ случаевъ,—между прочимъ именно тѣхъ, которые дали бы naturalis obligat. почетное мѣсто, особенно въ области бытовой, неюридической: я говорю о неформальныхъ договорахъ и объ отношеніяхъ, вытекающихъ изъ рабства, которые, благодаря своему частому приложенію къ дѣйствительной жизни, были особенно извѣстны и способны къ популяризаціи.

Бросая общій взглядъ на всѣ предшествующія замѣчанія, мы находимъ, что нѣтъ никакой необходимости измѣнять въ этомъ отношеніи наше общее право (*) законодательнымъ путемъ и что отъ введенія всего этого института нельзя ждать никакого важнаго и благодѣтельнаго вліянія на практическую жизнь. Даже въ области процесса, гдѣ законодательная реформа представляется наиболѣе необходимою и полезною, и

(*) Подъ общимъ правомъ авторъ разумѣетъ здѣсь, какъ и вомногихъ другихъ мѣстахъ, римское право Corpus juris civilis. Примѣч. пер.

здѣсь едва-ли можетъ быть усвоенъ или сохраненъ институтъ римскаго права. Безъ сомнѣнія, и въ этомъ случаѣ для обезпеченія въ практикѣ однообразія получатъ предпочтеніе нормы болѣе простыя и легче распознаваемыя.

Болѣе важный случай примѣненія римской naturalis obligat., заслуживающій и теперь еще самаго серьезнаго вниманія, представляется въ неформальномъ договорѣ, хотя не въ области общаго права, такъ какъ мы уже замѣтили, что особенный характеръ nudum pactum, въ противуположность стипуляціи, потерялъ для насъ значеніе,—но тамъ, гдѣ новое законодательство требуетъ отъ договоровъ положительной формы,—обстоятельство, возможное, какъ въ странахъ, гдѣ всецѣло дѣйствуетъ римское право, такъ и въ странахъ, гдѣ оно потеряло силу. Въ этомъ-то случаѣ и является настоятельная необходимость внимательнаго изслѣдованія и точнаго опредѣленія послѣдствій несоблюденія предписанной формы и для этой цѣли можно было бы съ успѣхомъ воспользоваться ученіемъ о naturalis obligat. развитымъ въ римскомъ правѣ и прійти къ удовлетворительному разрѣшенію вопроса.—Во всякомъ случаѣ будутъ ли удержаны тѣ правила или замѣнены другими, необходимо дать себѣ отчетъ въ той практической потребности, которая требуетъ удовлетворенія. Если вопросъ о послѣдствіяхъ несоблюденія формы остается нерѣшеннымъ, или если законъ изобилуетъ отдѣльными, не только не связанными между собой предписаніями, но даже противорѣчащими другъ другу,—жалкое положеніе практики неизбѣжно. Судьи, предоставленные самимъ себѣ, принуждены будутъ обращаться за помощью къ писателямъ по общему праву, случайно попавшимся имъ подъ руку, и волей—неволей слѣдовать указаннымъ выше ложнымъ воззрѣніямъ на римское ученіе о naturalis obligatio.

Выводъ нашъ объясняется и подтверждается двумя примѣрами. Французскій кодексъ требуетъ отъ всѣхъ договоровъ, превышающихъ цѣнностью своего предмета 150 франковъ, письменной формы; при отсутствіи послѣдней, договоръ не можетъ быть доказываемъ свидѣтельскими показаніями, и за этимъ слѣдуетъ отказъ въ искѣ (c). Такимъ образомъ, кодексъ

(c) Code civil. art. 1341—1348.

создалъ новый видъ неформальныхъ контрактовъ (аналогичный съ римскимъ nudum pactum, въ противуположность стипуляціи), но совсѣмъ не опредѣлилъ тѣхъ ограниченныхъ послѣдствій, которыя могли бы изъ него возникнуть. Въ другомъ случаѣ кодексъ допускаетъ обратное требованіе—indebitum (b), прибавляя: La répétition n'est pas admise à l'egard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. А такъ какъ, сколько мнѣ извѣстно, кодексъ нигдѣ не опредѣляетъ понятія obligation naturelle, то, навѣрно, можно ожидать, что судья будетъ руководствоваться и римскимъ ученіемъ о naturalis obligat., хотя съ этой точки зрѣнія выраженія volontairement acquittées выбрано не удачно, такъ какъ оно, повидимому, обозначаетъ скорѣе платежъ при сознаніи несуществованія долга. — Также весьма вѣроятно (хотя это нигдѣ и не выражено), что на долгъ выше 150 франковъ, возникшій изъ словеснаго договора, слѣдуетъ смотрѣть какъ на obligation naturelle, и, слѣдовательно, судья долженъ обсуждать подобный долгъ, какъ Римляне обсуждали nudum pactum.

Прусскій кодексъ изобилуетъ гораздо большимъ числомъ отдѣльныхъ опредѣленій и всетаки даетъ мѣсто большимъ сомнѣніямъ и недоразумѣніямъ.

Вообще онъ запрещаетъ обратное требованіе всякой уплаты, въ основаніи которой лежала какая-либо нравственная, несовершенная обязанность (e). Это опредѣленіе совпадаетъ съ ошибочнымъ воззрѣніемъ древнихъ писателей на римскую naturalis obligatio и ведетъ, при буквальномъ пониманіи, къ (трудно допустимому) заключенію, что деньги уплаченныя вслѣдствіе ошибочнаго предположенія долга, не подлежатъ возврату, если только отдавшій ихъ былъ обязанъ уплатить такую же сумму (напр. доставлять алименты) вслѣдствіе состраданія или благодарности. Сверхъ того, прусское законодательство постановляетъ, что всѣ договоры, имѣющіе своимъ предметомъ цѣнность выше 50 талеровъ, должны быть заклю-

(d) Code civil. art. 1235. art. 1376—1381.

(e) A. L. R. 1. 16. § 178. 179. Находится въ связи съ введеніемъ къ § 86, гдѣ идетъ рѣчь о несовершенныхъ п р а в а х ъ, т. е. не производящихъ ни исковъ, ни возраженій.

чаемы письменно,—вслѣдствіе чего словесные договоры получаютъ аналогическую природу съ римскимъ nudum pactum. (f) Это предписаніе строже римскаго опредѣленія въ томъ отношеніи, что оно не освобождаетъ отъ необходимости этой формы консенсуальные контракты и даже контракты реальные, за исключеніемъ одного займа (g).

Если мы взглянемъ теперь на послѣдствія несоблюденія этой формы, а слѣдовательно и существующую въ данномъ случаѣ naturalis obligat.,—то найдемъ опредѣленіе, что только цѣлостное исполненіе договора обѣими сторонами, и по отношенію къ движимымъ вещамъ восполняетъ собою недостатокъ формы и устраняетъ всякій споръ; откуда слѣдуетъ, что исполненіе одностороннее, или не полное, или по отношенію къ недвижимости, всегда влечетъ за собою обратное требованіе отданной вещи (h). Съ этимъ опредѣленіемъ однако трудно согласить тотъ общій принципъ, по которому существованіе чисто-нравственнаго обязательства достаточно для исключенія обратнаго требованія (Примѣч. e), — такъ какъ нравственная обязанность исполнить словесный договоръ едва-ли можетъ подлежать какому-нибудь сомнѣнію. Точно также, и въ другомъ мѣстѣ обратное требованіе уплаченнаго, вслѣдствіе только несоблюденія узаконенной формы, прямо запрещается и запрещеніе это основывается именно на существованіи нравственной обязанности (i).

Такимъ образомъ, едва-ли возможно признать во всемъ этомъ ученіи какую либо внутреннюю послѣдовательность и прямое приложеніе изложенныхъ выше принциповъ римскаго права могло бы дать болѣе удовлетворительный результатъ. (k)

(f) A. L. R. 1. 5 § 131. Основаніемъ этого предписанія послужилъ (еще болѣе строгій) указъ отъ 8 февр. 1770 (N. C. C. T. 5 ст. 6669.

(g) A. L. R. 1. 11 § 727. Указъ 1770 § 2. 6 не исключилъ даже займа (что не понятно); онъ допустилъ только виндикацію монетъ, остававшихся еще на лицо.

(h) A. L. R. 1. 5 § 146. 147 Послѣдствіе изъ этого принципа, выраженное въ текстѣ, отчасти признано тамъ же § 161.

(i) A. L. R. 1. 16. § 184., гдѣ (совершенно послѣдовательно) есть ссылка на § 178.

(k) О взглядѣ прусскаго законодательства на это ученіе срав.

§ 15.

ЛИЦА ВЪ ОБЯЗАТЕЛЬСТВѢ. А. ОПРЕДѢЛЕНІЕ ЛИЦЪ.

Третій моментъ, требующій подробнаго разсмотрѣнія для понятія обязательства (§ 2) — это лица, участвующія въ обязательствѣ и названныя выше вѣрителемъ и должникомъ.

Многіе важные вопросы по поводу лицъ касаются не обязательствъ вообще, а только обязательствъ, возникающихъ изъ договоровъ, и потому умѣстнѣе будетъ разсмотрѣть ихъ не здѣсь, а въ связи съ договорами, какъ важнѣйшимъ источникомъ обязательствъ (гл. 2). Здѣсь же, изъ всего изслѣдованія о лицахъ намъ остается разрѣшить два вопроса:

А. Опредѣленіе лицъ.

В. Участіе нѣсколькихъ лицъ на одной сторонѣ обязательства.

А. Опредѣленіе (Bestimmungsart) лицъ, участвующихъ въ обязательствѣ въ качествѣ вѣрителя и должника, находится въ тѣсной зависимости съ болѣе общимъ изслѣдованіемъ, изложеннымъ въ другомъ мѣстѣ о связи юридическихъ отношеній вообще съ опредѣленнымъ лицомъ (a).

Какъ въ юридическихъ отношеніяхъ вообще, такъ и въ обязательствахъ, правильное отношеніе между субъектами права установляется вслѣдствіе извѣстнаго факта, касающагося опредѣленнаго индивидуума, т. е. вслѣдствіе активнаго или пассивнаго человѣческаго дѣйствія, непосредственно связаннаго съ опредѣленными лицами,—становящимися, благодаря ему, субъектами обязательства.

Но рядомъ съ этимъ нормальнымъ отношеніемъ стоитъ другое анормальное, болѣе искуственное, основанное на какомъ-

---

Koch Obligationen. 1. § 3, и Koch Preussisches Recht II § 453, гдѣ неудобства взгляда прусскаго права на это ученіе доказываются практическими случаями.

(a) System. т. 2. § 103.

либо общемъ свойствѣ, совмѣстномъ съ самыми разнообразными индивидуумами.

Примѣняя эти соображенія къ обязательственному праву, мы увидимъ, что такое ненормальное отношеніе установляется преимущественно по поводу какой либо вещи (Sache). Тогда права собственности на эту вещь, или какое-либо вещное право на нее, или владѣніе этою вещью—и будетъ свойствомъ опредѣляющимъ положеніе вѣрителя или должника, а быть можетъ и обоихъ субъектовъ обязательства, хотя всѣ эти отношенія сами по себѣ вполнѣ чужды существу обязательства.

Въ римскомъ правѣ это искуственное отношеніе не имѣло частаго примѣненія и большаго значенія. Въ самой развитой формѣ оно встрѣчается при пользованіи, гдѣ, рядомъ съ вещнымъ правомъ, стоитъ отличное отъ него обязательство между владѣльцемъ права и собственникомъ. (b). Это обязательство независимо отъ первоначальнаго установленія пользованія, а потому его нельзя считать послѣдствіемъ договора, изъ котораго могло возникнуть пользованіе. Напротивъ, оно приложимо ко всякому лицу, къ которому когда либо можетъ перейти право собственности или пользованія хотя бы даже, въ силу послѣдующихъ событій (напр. давности) произошла полная перемѣна въ лицахъ, владѣвшихъ первоначальными правами.— Подобныя обязательственныя отношенія, связанныя, съ одной стороны, съ собственностью, съ другой—съ jus in re, мы находимъ въ эмфитевзисѣ и гипотекѣ.—Болѣе отдаленное примѣненіе этого искуственнаго отношенія встрѣчается въ римскомъ правѣ при actiones in rem scriptae, гдѣ положеніе должника и въ тоже время отвѣтчика, является простымъ послѣдствіемъ владѣнія вещью, т. е. полу-фактическимъ и полу-юридическимъ отношеніемъ, въ сущности вполнѣ чуждымъ обязательству (c).

Эти искуственныя отношенія получили обширное развитіе и большое значеніе въ нѣмецкомъ правѣ, именно—въ реальныхъ повинностяхъ (Reallasten) и ленныхъ правахъ (Bannrechte). Здѣсь отношеніе вѣрителя и должника и даже одновременное

(b) Срав. въ особенности заголовокъ дигестъ: usufr. quemadm. cav. (7. 9).

(c) System. T. 5 § 208.

положеніе обоихъ лицъ въ качествѣ кредитора и должника, обусловливается чисто случайною связью, чуждою существу обязательства, при чемъ отношеніе это вмѣстѣ съ связью переходитъ и на другія лица, совершенно независимо отъ правилъ, нормирующихъ переходъ обязательствъ. Тѣмъ не менѣе подобныя юридическія отношенія остаются настоящими обязательствами, отличительный характеръ которыхъ состоитъ единственно въ связи права, или обязанности, или того и другой вмѣстѣ съ опредѣленными лицами (d). Истинное существо ихъ затемнѣно только терминологіею писателей, говорящихъ о субъективныхъ и объективныхъ вещныхъ правахъ; эта терминологія перешла и въ новѣйшія законодательства (e).

Нѣкоторые изъ указанныхъ нами случаевъ представляются въ извѣстномъ отношеніи особенно важными; они связаны не съ обязательствами вообще, а единственно съ обязательственными соглашеніями; поэтому мы разсмотримъ ихъ не здѣсь, а въ связи съ послѣдними (глава 2) (f).

(d) Когда крестьянское имѣніе должно ежегодно выплачивать подать деньгами или зерномъ, или же отправлять извѣстныя повинности — это составляетъ чистое обязательство. Такія же обязательства могутъ быть установлены въ другихъ случаяхъ между опредѣленными лицами (и ихъ наслѣдниками). Но здѣсь они должны сохранять свою силу, съ одной стороны, между каждымъ собственникомъ имѣнія, съ которымъ связано право (какъ кредиторомъ), съ другой всякимъ собственникомъ или наслѣдственнымъ арендаторомъ (эмфитевтомъ, какъ должникомъ), безъ всякаго отношенія къ способу, по которому тотъ или другой пріобрѣли права на имущество.

(e) Прусское A. L. R. 1. 2 § 125—130 опредѣляетъ термины такимъ образомъ. Вещныя права бываютъ двухъ родовъ: 1) По отношенію къ субъекту, которому принадлежатъ (въ связи съ вещью); смотря по предмету они могутъ быть или чисто личными или вмѣстѣ съ тѣмъ и правами на вещь. 2) По отношенію къ предмету; смотря по субъекту, которому принадлежатъ, права эти могутъ быть или чисто-личными ими вмѣстѣ съ тѣмъ и вещными. Права втораго рода называются правами на вещь, къ нимъ только и относятся законы, говорящіе о вещныхъ правахъ безъ другихъ прибавленій.—Если эта терминологія, противъ ожиданія, произвела немного недоразумѣній — то единственно потому, что при изложеніи отдѣльныхъ правъ къ ней прибѣгали сравнительно рѣдко.

(f) Сюда главнымъ образомъ относится важное и трудное ученіе о бумагахъ на предъявителя.

§ 16.

III. Лица въ обязательствѣ. B. Корреальное обязательство. Введеніе.

Источники.

Inst. III. 16. de duobus reis.

Dig XLV. 2 de duobus reis.

Cod. VIII. 40. de duobus reis.

Литература.

Ribbentrop. Lehre von den Correal—Obligationen. Göttingen 1831 г.

Koch. Forderungen. т. 2 § 61 —66 . Lehrbuch § 515 до 519.

Puchta. Pandekten u Vorlesungen § 233 — 235. Cursus § 263.

Vangerow, стр. 64—101.

Ср. System т. 5 § 232 стр. 220—222 § 235 (а).

Природа обязательства предполагаетъ существованіе двухъ лицъ, стоящихъ во взаимномъ противоположеніи въ качествѣ вѣрителя и должника (§ 2).

Но факты, изъ которыхъ возникаетъ обязательство, могутъ быть такого свойства, что на сторонѣ кредитора, они будутъ относиться не къ одному лицу, а одновременно ко многимъ; тоже возможно и на сторонѣ должника, и съ обѣихъ сторонъ вмѣстѣ. Теперь слѣдуетъ опредѣлить послѣдствія, вытекающія изъ такого свойства фактовъ.

Для подобныхъ случаевъ необходимо принять за п р а в и л о, что обязательство, представляющееся, повидимиму, единымъ, разлагается, путемъ простаго расчета, на столько отдѣльныхъ независимыхъ другъ отъ друга обязательствъ, сколько лицъ стоитъ на той или другой его сторонѣ. Такимъ образомъ, если одно лицо обѣщаетъ уплатить сто руб. двумъ лицамъ, стоя-

---

(а) Въ приведенныхъ мѣстахъ данъ краткій очеркъ этого ученія, по поводу конкуренціи исковъ, юридическаго института, отличнаго отъ этого ученія, но аналогичнаго съ нимъ.

щимъ на другой сторонѣ обязательства,—то это равносильно обѣщанію уплатить каждому изъ нихъ по 50 р. Точно также, если двое обѣщаютъ третьему 100 р., то это значитъ, что каждый обѣщаетъ только 50 р. Тоже самое, если два лица, имѣющія общую собственность, отдаютъ одному въ арендное содержаніе имѣніе, или одинъ собственникъ отдаетъ двумъ арендаторамъ, то для каждаго изъ отдающихъ въ аренду или для каждаго изъ арендаторовъ возникаютъ право и обязанности на одну идеальную половину, не касаясь другой. (b) Общая черта обоихъ обязательствъ—случайное одновременное возникновеніе; внутренней связи у нихъ нѣтъ никакой.

Волею участвующихъ лицъ, въ видѣ исключенія, можетъ быть однако установлено совершенно иное юридическое отношеніе, въ которомъ одно и тоже обязательство всецѣло и нераздѣльно будетъ относиться къ каждому изъ многихъ вѣрителей или должниковъ. Разсмотримъ подробно, какъ фактическія условія (источники происхожденія), такъ и послѣдствія этого исключенія. Для предварительнаго и нагляднаго объясненія этого отношенія, необходимо отмѣтить самую выдающуюся его черту.—Она состоитъ въ томъ, что каждый изъ многихъ вѣрителей порознь можетъ требовать цѣльнаго удовлетворенія и что уплата, произведенная одному изъ нихъ прекращаетъ обязательство для всѣхъ; также и отъ каждаго изъ многихъ должниковъ можно требовать полнаго удовлетворенія; и уплата, совершенная однимъ, освобождаетъ всѣхъ. Но необходимо остерегаться смѣшенія, могущаго произойти отъ превратнаго пониманія этого отношенія. Не слѣдуетъ думать, что вездѣ, гдѣ замѣчается указанная нами характеристическая черта, неизбѣжно должно существовать и вышеупомянутое исключеніе — именно одно и тоже обязательство, всецѣло относящееся ко многимъ лицамъ. Напротивъ, эта

(b) L. 11 § 1. 2 de duob. reis (45. 2), L. 5 C. si certum (4. 2), L. 1. 2 C. si plures (7. 55). При этомъ естественно предполагаются обязательства дѣлимыя; такое свойство обязательствъ составляетъ преобладающее правило. Модификаціи, выступающія при обязательствахъ недѣлимыхъ, могутъ быть выяснены только при изложеніи этого разряда обязательствъ (§ 34).

черта можетъ встрѣтиться случайно и при обязательствахъ совершенно различныхъ и независимыхъ другъ отъ друга. (c).

Римляне употребляли для обозначенія юридическаго отношенія, составляющаго характеръ очерченнаго нами исключенія, слѣдующіе термины. Вѣритель и должникъ, связанные въ одно искуственное цѣлое, называются duo rei (d). Для отличія вѣрителя отъ должника одни ихъ называли duo rei credendi, debendi (e), или, такъ какъ стипуляція была самымъ обыкновеннымъ источникомъ упомянутаго исключенія, — duo rei stipulandi, promittendi, но послѣднія выраженія употреблялись также и въ приложеніи къ другимъ договорамъ, кромѣ стипуляціи (f). Одинъ разъ встрѣчается еще въ смыслѣ того же юрид. отношенія выраженіе correus; изъ него новѣйшіе писатели и образовали терминъ, весьма часто употребляемый: корреальныя обязательства и корреальность. (Correalschulden, correalität) (g); въ смыслѣ этого же термина говорятъ также о корреальности активной и пассивной, смотря потому, представляется ли въ подобной связи нѣсколько вѣрителей или должниковъ. Сверхъ того, тоже отношеніе часто обозначается выраженіемъ: in solidum obligari (h) но этотъ

(c) Ribbentrop, первый основательно указавшій на это различіе (§ 5. 11. 27), обособляетъ оба приведенные случая выраженіями: тождество (Identität) и солидарность (Solidarität) обязательствъ. Ихъ можно различать также названіями: случаи настоящей и ненастолщей корреальности.

(d) Заглавіе титула Дигестъ XLV. 2: de duobus reis constituendis, также въ L. 3. § 1 того же заглавія и другія мѣста.—Reus вообще есть общее названіе для кредитора и должника (§ 3. o).

(e) L. 34 pr. de recept. (4. 8).

(f) L. 9 pr. de d. r. (45. 2). Объ этихъ важныхъ случаяхъ мы сейчасъ поговоримъ подробно.

(g) Correus или Conreus въ L. 3 § 3 de lib. leg. (34 3). (Conreus въ Flor., но также и въ изданіяхъ Вульгаты напр. Ven. 1477, correus у Галоандера). Произведенные отсюда термины—correalis и correalitas—въ смыслѣ латинскихъ словъ слѣдуетъ безусловно отвергнуть.—Употребленіе же ихъ въ качествѣ огерманизированныхъ словъ не представляется непослѣдовательностью; употребляемъ же мы напр. слово реальность (Realität), хотя въ латинской рѣчи слово realitas и не существовало.

(h) L. 2 de d. r. (45. 2), § 1 J. eod. (3. 16) и нѣкоторыя другія мѣста.

терминъ является весьма неопредѣленнымъ. Онъ вездѣ указываетъ на безпредѣльное цѣлое въ противоположность опредѣленной части, происшедшей вслѣдствіе раздробленія цѣлаго, или изъятія изъ него, или, наконецъ, ограниченія. Если, такимъ образомъ, выраженіе это представляется достаточно точнымъ для обозначенія изложенныхъ личныхъ корреальныхъ отношеній; то оно не менѣе точно и для обозначенія отношеній совершенно инаго рода (прим. k.) и, наконецъ, для извѣстныхъ ограниченій, не имѣющихъ ничего общаго съ личнымъ отношеніемъ многихъ вѣрителей и должниковъ. Такъ имъ пользуются для выраженія той мысли, что обязательство должника не ограничивается только наличнымъ объемомъ пекулія; или только предѣлами унаслѣдованнаго имущества, или его способностью къ платежу; также и для выраженія того, что должникъ не выговорилъ себѣ права освободиться отъ noxalis actio посредствомъ noxae datio. (i) И такъ, терминъ этотъ тамъ только выражаетъ корреальное отношеніе, гдѣ дѣло идетъ о рѣшеніи вопроса: существуетъ-ли въ данномъ случаѣ такое обязательство, или напротивъ обязательство, раздѣленное между многими лицами?

По видимому такимъ же, а въ сущности совершенно инымъ, представляется отношеніе многихъ независимыхъ обязательствъ, но взаимно соприкасающихся по источнику происхожденія и тождеству предмета. Когда двое совершаютъ кражу сообща, то каждый несетъ полную отвѣтственность, точно онъ воровалъ одинъ (k), однако оба обязательства не имѣютъ между собою внутренней связи. Одинаковое явленіе представляется и въ случаѣ, когда сходятся три лица и одно изъ нихъ обѣщаетъ каждому изъ остальныхъ или послѣдніе обѣщаютъ пер-

---

(i) L. 44 de peculio (15. 1).—L. 152 § 3, L. 157 § 2, de R. J. (50. 17).—L. 23. 25 de re jud. (42. 1).—L. 2 pr de nox. act. (9. 4).

(k) Срав. ниже § 20 c. И для этого отношенія также употребляется выраженіе: in solidum obligari L. 1 C. de cond furt. (4. 8) „singulos quosque in solidum teneri.“ Далѣе L. 55 § 1 de admin. (26. 7), L. 21 § 9 de furtis (47. 1), L. 1 19 § si is qui test. (27. 4).

вому по 100 р. Отсюда также возникаютъ различныя, вполнѣ независимыя другъ отъ друга обязательства, какъ будто оба договора были заключены въ различныхъ мѣстахъ и въ разное время (l). И такъ всѣ указанные случаи не имѣютъ ничего общаго ни съ установленнымъ выше правиломъ, ни съ исключеніемъ; объ нихъ мы упомянули только для предупрежденія возможнаго смѣшенія понятій.

По поводу изложеннаго кореннаго отношенія между правиломъ и исключеніемъ въ ученіи о корреальномъ обязательствѣ не безъинтересно изслѣдовать: руководились-ли римскіе юристы въ установленіи такого отношенія внутренними основаніями, т. е. истинными потребностями юридическаго института? Отъ этого зависитъ рѣшеніе вопроса: имѣемъ-ли мы достаточныя причины довольствоваться такими же отношеніями и въ дѣйствующемъ правѣ, или же, напротивъ, не полезнѣе-ли будетъ ихъ преобразовать въ принципѣ?...

Отвѣтъ возможенъ только по изложеніи цѣлаго юридическаго института во всѣхъ его подробностяхъ (срав. § 22).

Рядомъ съ корреальнымъ обязательствомъ иногда представляются еще другія юридическія отношенія, имѣющія съ нимъ нѣкоторыя точки соприкосновенія. Важнѣйшее изъ нихъ—товарищество (Societät). Нѣсколько корреальныхъ вѣрителей, также какъ и нѣсколько корреальныхъ должниковъ, могутъ состоять въ товариществѣ; подобное отношеніе ихъ будетъ основаніемъ для корреальнаго обязательства. Но было бы грубымъ заблужденіемъ предполагать, что всѣ корреальныя обязательства находятся въ связи съ товариществомъ. Такое мнѣніе вполнѣ опровергается многими текстами римскаго права, признающими корреальныя обязательства и въ связи съ товариществомъ, и независимо отъ него (m). Если даже, послѣ

(l) pr. J. de d. r. (3. 16) „...Nam si prius Titius sponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse.“

(m) L. 34 pr. de receptis (4. 8), L. 3 § 3 de lib. leg. (34. 3), L. 62 pr. ad L. Falc. (35. 2). L. 10 de duob. reis

разсмотрѣнія отдѣльныхъ юридическихъ отношеній, окажется, что корреальное обязательство обыкновенно является въ связи съ товариществомъ, и что подобная комбинація повторяется очень часто и въ большей части случаевъ,—то и это явленіе не даетъ еще намъ права возводить такую комбинницію въ юридическую презумпцію, а прочіе случаи считать исключеніями. Напротивъ, комбинація эта есть фактъ совершенно случайный, который долженъ быть доказанъ тѣмъ, кто ссылается на него въ свою пользу.

§ 17.

III Лица въ обязательствѣ. B. Корреальное обязательство. Источники происхожденія.

Особенное отношеніе, по которому одно и тоже обязательство лежитъ всецѣло, безраздѣльно на каждомъ изъ нѣсколькихъ вѣрителей или должниковъ,—представляется исключеніемъ изъ правила (§ 16). Изложимъ прежде всего источники происхожденія подобнаго исключительнаго отношенія.

Источники эти сводятся къ слѣдующей общей точкѣ зрѣнія. Исключенія появляются только, когда лица, дѣятельностью которыхъ рождается обязательство, сами его желаютъ; безъ воли лицъ они имѣютъ мѣсто въ одномъ случаѣ, когда обязательство само по себѣ недѣлимо, и то только по отношенію къ совокупности должниковъ (какъ пассивное корреальное обязательство) (a).

(45. 2), L. 71 pr. de fidej. (46. 1).—Также при существованіи товарищества нельзя непремѣнно заключать о существованіи корреальнаго обязательства. L. 12 C si certum (4. 2). Оба юридическія отношенія совершенно независимы другъ отъ друга, но могутъ быть связаны, по произволу.

(a) Большая часть новѣйшихъ юристовъ думаетъ, что корреальное отношеніе можетъ возникнуть въ обширныхъ размѣрахъ и помимо воли участвующихъ лицъ, вслѣдствіе предписанія закона, какъ они выражаются. Мы уже признали такой источникъ возникновенія по отношенію къ обязательству недѣлимому, а въ послѣдствіи (§ 34) поговоримъ о немъ подробно. По отношенію къ болѣе ча-

Воля, обусловливающая корреальность, можетъ выразиться въ договорѣ, или въ распоряженіи наслѣдодателя (послѣдняя воля), или же въ судебномъ рѣшеніи. Договоръ можетъ быть формальнымъ, отличительное свойство котораго состоитъ въ выраженіи воли въ особо-установленной формѣ: стипуляція и письменный контрактъ но къ этой же цѣли ведетъ и всякій другой договоръ. Корреальность, вытекающая изъ договора, предполагаетъ одинаковую волю лицъ, вступившихъ въ договоръ (вѣрителя и должника). Послѣдняя воля, въ смыслѣ источника корреальности, есть по свойству своему, односторонняя, и въ этомъ отношеніи аналогична съ судебнымъ рѣшеніемъ.

Отсюда вытекаютъ слѣдующія возможные источники разсматриваемаго нами исключенія, насколько оно опредѣляется волею участвующихъ лицъ.

a) Стипуляція.

b) Письменный контрактъ (Literalcontract).

c) Прочіе договоры.

d) Послѣдняя воля.

e) Судебное рѣшеніе.

Хотя первыхъ двухъ источниковъ корреальности не существуетъ въ дѣйствующемъ правѣ, тѣмъ не менѣе они требуютъ подробнаго изложенія, безъ чего невозможно ясное пониманіе рѣшеній римскаго права по интересующему насъ вопросу.

a. Стипуляція.

Составляя главное основаніе юридическихъ отношеній у Римлянъ, стипуляція была вмѣстѣ съ тѣмъ и употребительнѣйшею формою возникновенія корреальности. (b) Указанное выше отношеніе правила къ исключенію и имѣетъ значеніе только для стипуляціи, такъ какъ главный текстъ, нормирующій его (§ 16. b), и говоритъ именно о стипуляціяхъ.

Такимъ образомъ и здѣсь дѣло шло объ истолкованіи выраженія воли (c), а для этой цѣли не существовало твердой

стымъ случаямъ не настоящаго корреальнаго обязательства, мы подтвердимъ это мнѣніе въ §§ 20. 21.

(b) О происхожденіи корреальнаго обязательства изъ стипуляціи подробно говоритъ Ribbentrop § 17.

(c) L. 3 pr. L. 4 de d. r. (45. 2).

и исключительной формулы. Болѣе несомнѣнными выраженіями были: eosdem quinque aureos, eandem pecuniam, eadem decem spondeo (d),—такъ какъ ими несомнѣнно выражалось, что предметъ обоихъ обязательствъ долженъ быть не только одного рода и величины, но итѣмъ же самымъ (только одновременно относящимся ко многимъ лицамъ).

Одновременность операціи сама по себѣ не рождала еще корреальности точно также, какъ и наоборотъ неодновременность операціи не исключала ее абсолютно; слѣдовательно, небольшой промежутокъ времени между обѣими операціями не составлялъ помѣхи для корреальности, если только онѣ совершались въ одинъ и тотъ же день. (e) Здѣсь необходимо сдѣлать одно предварительное замѣчаніе, которое будетъ развито только впослѣдствіи. Обязательста, возникающія изъ договоровъ, имѣютъ отчасти самостоятельную цѣль, отчасти дополнительную (акцессорную), служа просто подкрѣпленіемъ и обезпеченіемъ другаго обязательства..—Послѣдняя цѣль достигалась у Римлянъ обыкновенно корреальными стипуляціонными обязательствами и имѣла мѣсто какъ на сторонѣ вѣрителя, который подкрѣплялъ себя другимъ дополнительнымъ вѣрителемъ (adstipulator), такъ и насторонѣ должника (adpromissor): послѣднее явленіе было несравненно важнѣе и употребительнѣе (f). Во всѣхъ этихъ случаяхъ возникало сложное юридическое отношеніе. Между главнымъ и дополнительнымъ лицомъ установлялось настоящее корреальное обязательство и вмѣстѣ съ тѣмъ еще обязательство акцессорное, такъ что стеченіе признаковъ того и другаго мѣшало корреальному обязательству проявиться во всей чистотѣ и законченности и оно должно было подвергаться модификаціямъ, которыя впрочемъ будутъ изложены въ под-

---

(d) pr. J. de d. r. (3. 16), L. 2 L. 12 § 1 eod. (45. 2).

(e) L. 3 pr. L. 6 § 3 L. 12 pr. de d. r. (45. 2).

(f) Gajus Lib. 3 § 110—117.—Adpromissores. L. 64 § 4 sol. matr. (24. 3), L. 5 § 2 de V. O. (45. 1), L. 43 de sol. (46. 3).—Это лицо являлось въ трехъ видахъ съ весьма различными правами: Sponsores, fidepromissores, fidejussores. Gajus l. c. Но уже въ юстиніановскомъ правѣ уцѣлѣлъ только послѣдній видъ (fidejussores).

робности въ другомъ мѣстѣ; здѣсь же достаточно только упомянуть о нихъ.

Истинность и значеніе всѣхъ этихъ принциповъ признается и дѣйствующимъ правомъ съ тѣмъ только внѣшнимъ и неважнымъ различіемъ, что мы не употребляемъ болѣе для акцессорныхъ контрактовъ и другихъ цѣлей стипуляціонной формы, которая вездѣ уступила мѣсто неформальному договору.

b. Письменный контрактъ (Literalcontract).

Гай оставилъ намъ достаточно свѣдѣній о письменномъ договорѣ (expensilatio въ формѣ nomen transcriptitium) (g), такъ что мы съ полною ясностью можемъ представить себѣ его вліяніе на образованіе корреальнаго обязательства,— вліяніе, совершенно аналогичное тому, какое производило стипуляція.

Когда два римлянина вносили въ свои домашніе регистры имя третьяго лица въ смыслѣ должника по одной и той же претензіи,—это было совершенно равносильно тому, что они стали duo rei stipulandi вслѣдствіе стипуляціи;—тоже самое и въ случаѣ внесенія однимъ римляниномъ въ свой домашній регистръ именъ двухъ другихъ въ смыслѣ своихъ должниковъ по одной и той-же претензіи. Очевидно, что въ обоихъ случаяхъ необходимо предположить согласіе всѣхъ участвующихъ лицъ на установленіе подобнаго юридическаго отношенія точно также, какъ такое согласіе требовалось для дѣйствительности всякаго письменнаго контракта.

Правда, мы не имѣемъ прямыхъ указаній для подтвержденія этого института древняго права, но за то у насъ есть слѣдующія совершенно равносильныя доказательства.

Извѣстно, что въ юстиніановскомъ правѣ письменный контрактъ совершенно исчезъ и уже во время древнихъ юристовъ сохранялъ свою силу только въ книгахъ мѣнялъ (argentarii); нѣкоторые слѣды этого именно спеціальнаго значенія письменныхъ контрактовъ и перешли въ Дигесты. Мы имѣемъ два текста, вполнѣ подтверждающіе значеніе пись-

(g) Gajus Lib. 3 § 128. 129. Срав. Savigny Vermischte Schriften т. 1 № IX.

менnаго контракта въ смыслѣ источника корреальнаго отношенія. Одинъ изъ нихъ разсматриваетъ договоръ о невзысканіи (Erlassvertrag) заключенный большинствомъ кредиторовъ несостоятельнаго должника. Онъ гласитъ, что многіе собственники одной и той же претензіи должны считаться однимъ кредиторомъ и для объясненія приводитъ слѣдующіе случаи (h)

Utputa plures sunt rei stipulandi vel plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt, unius loco numerabuntur, quia unum debitum est.

Здѣсь expensilatio одной и той же претензіи въ книгахъ двухъ мѣнялъ совершенно уравнена съ однородною стипуляціею и признается, подобно послѣдней, источникомъ происхожденія корреальнаго обязательства. Другой текстъ говоритъ о duo rei credendi вслѣдствіе стипуляцій, изъ которыхъ одинъ заключилъ мировую (Compromiss), и уравниваетъ съ ними двухъ мѣнялъ, занесшихъ въ свои книги одну и ту же претензію къ третьему лицу. (i):

Idem in duobus argentariis, quorum nomina simul eunt.

Принципъ, примѣняемый здѣсь къ мѣняламъ можетъ быть безъ сомнѣнія распространенъ на всѣхъ римлянъ древнѣйшаго періода, такъ какъ и по отношенію къ мѣняламъ онъ выводится исключительно изъ nomen factum (изъ expensilatio), представлявшемъ одинъ характеръ, какъ для мѣнялъ, такъ и для прочихъ римлянъ,—а не изъ особенной природы мѣняльнаго ремесла и еще мѣнѣе изъ упомянутаго здѣсь товарищескаго отношенія обоихъ мѣнялъ (k).

Нѣкоторые ученые не правильно сравниваютъ съ этимъ

(h) L. 9 pr. de pactis (2. 14).

(i) L. 34 pr. de receptis (4. 8). Срав. объ этомъ мѣстѣ ниже § 19 v.

(k) Въ первомъ мѣстѣ (прим. h) нѣтъ рѣчи о товариществѣ, а во второмъ (прим. i) упоминается о томъ, что оба argentarii могутъ быть и не быть socii. Отъ этого послѣдняго обстоятельства поставлено въ зависимость послѣдствіе компромисса, а не корреальное отношеніе мѣнялъ между собою, которое безусловно утверждается предъидущими словами.

отношеніемъ мѣнялъ въ корреальномъ обязательствѣ совершенно другое, имѣющее съ нимъ внѣшнее сходство и основанное въ дѣйствительности только на промышленномъ характерѣ мѣнялъ. Отдѣльное мѣняльное учрежденіе (argentaria) могло принадлежать одному хозяину или нѣсколькимъ, которые тогда составляли промышленное товарищество для достиженія цѣлей этого учрежденія. (l) И въ послѣднемъ случаѣ какъ самое учрежденіе, такъ и мѣняльныя книги были одинаковыми независимо отъ того, велъ-ли отмѣтки одинъ изъ товарищей, многіе или всѣ поочередно.—Когда посторонній римлянинъ входилъ въ сдѣлку съ этимъ учрежденіемъ и отмѣчалъ его въ своемъ домовомъ регистрѣ въ качествѣ должника по expensilatio, то могло возникнуть сомнѣніе—къ кому долженъ быть предъявленъ искъ: къ каждому-ли товарищу въ соотвѣтствующей части, или всецѣло къ лицу, стоящему во главѣ учрежденія и именемъ котораго (фирмою) оно оперировало? При огромномъ значеніи мѣнялъ желательно было, въ интересахъ прочихъ римлянъ, облегчить по возможности предъявленіе исковъ. Вотъ почему обычнымъ правомъ установилось правило, что каждый отдѣльный членъ товарищества обязанъ отвѣчать во всемъ долгѣ (m). Отсюда возникло отношеніе, аналогичное корреальному; но оно отличалось отъ истиннаго корреальнаго обязательства, возникшаго изъ договора (и именно письменнаго контракта), уже тѣмъ, что римлянинъ, предъявляющій искъ къ одному изъ товарищей въ полной суммѣ, быть можетъ, и не думалъ о немъ въ моментъ отмѣтки въ регистрѣ.—Такимъ образомъ существовало совершенно спеціальное юридическое правило для мѣняльнаго ремесла, примѣнявшееся только въ этой сферѣ и не имѣвшее ничего общаго съ системою корреальныхъ отношеній.

(l) О такомъ товариществѣ говоритъ L. 52 § 5 pro socio (17. 2).

(m) Auct. ad Herennium II. 13 „Id quod argentario tuleris expensum, a socio ejus recte repetere possis.“ Это мѣсто отрицаетъ какъ раздѣленіе исковъ, такъ и ограниченіе ихъ тѣмъ или другимъ товарищемъ. Это солидарное обязательство естественно вытекаетъ изъ принциповъ institoria actio. (Срав. ниже § 21) — Весьма неточное мѣсто у Квинтиліана V. 10 § 105.

Тотъ же вопросъ представляется и въ обратномъ случаѣ, когда внесенная самымъ мѣняльнымъ учрежденіемъ въ регистръ expensilatio становится предметомъ иска. Справедливость требовала, чтобы къ выгодамъ и къ облегченію иска со стороны учрежденія примѣнялось тоже правило, которое служило къ его невыгодѣ. Слѣдовательно, каждый товарищь порознь могъ предъявить полный искъ.—Въ самомъ дѣлѣ, это правило было признано императорскими постановленіями (n) и имѣло тотъ же промышленный, исключительный характеръ, какъ и приведенное выше для противоположнаго случая. Оба вошли въ составъ римскаго торговаго права и были чужды общей теоріи корреальныхъ отношеній.

c. Прочіе договоры.

Возникновеніе корреальности изъ стипуляціи (и письменнаго контракта) было, быть можетъ, единственнымъ въ древнѣйшемъ періодѣ; но уже въ эпоху классическихъ юристовъ признавалось за несомнѣнное правило, что подобное отношеніе можетъ быть основано на договорахъ bonae fidei, на простомъ соглашеніи, т. е. безъ стипуляціи. Это явленіе не слѣдуетъ считать простымъ отступленіемъ отъ принциповъ въ интересахъ облегченія гражданскаго оборота; напротивъ, оно было прямымъ послѣдствіемъ болѣе общаго принципа, по которому, во всей упомянутой категоріи договоровъ всякое неформальное, дополнительное соглашеніе должно было охраняться искомъ (o).

Замѣчательное мѣсто изъ Папиніана, выражающее послѣдній принципъ, гласитъ: (p).

> Eandem rem apud duos pariter depositi, utriusque fidem in solidum secutus (q), vel eandem rem

(n) L. 27 pr. de pactis (2. 14) „...tantum enim constitutum est, ut solidum alter petere possit.“ (Срав. ниже § 18. u).

(o) L. 7 § 5 de pactis (2. 14).

(p) L. 9 pr. de d. r. (45. 2). Подробно и основательно разсуждаетъ объ этомъ мѣстѣ Ribbentrop § 19. 20.

(q) Слѣдовательно это дополнительное соглашеніе къ договору, опредѣляющее его исключительную природу точно также, какъ

duobus similiter (r) commodavi; fiunt duo rei promittendi (s), quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus (t), veluti emtione, venditione, locatione, conductione, deposito, commodato, testamento (u).

Принципъ, высказанный здѣсь въ общей формѣ, формулированъ въ другомъ мѣстѣ въ частныхъ приложеніяхъ: именно къ куплѣ, найму, а также конституту. (v) Послѣдній, какъ договоръ преторскій, необходимо былъ по существу своему свободенъ, подобно контрактамъ b. f. въ цивильномъ правѣ.

Въ приведенномъ мѣстѣ, содержащемъ общій принципъ также какъ и въ частныхъ его приложеніяхъ, рѣчь идетъ только о многихъ должникахъ такого рода (о пассивной корреальности), а не о многихъ кредиторахъ; потому здѣсь возможно сомнѣніе: возникало-ли корреальное отношеніе и между кредиторами, вступавшими въ договоры упомянутой категоріи? Уже одна аналогія съ стипуляціею (duo rei stipulandi) могла бы

это требовалось въ L 11 eod. и при стипуляціи, см. выше § 16 прим. b. и h.

(r) „Similiter"—такимъ же образомъ, т. е. тоже in solidum. Вульгата не правильно читаетъ simul. Фактъ одновременной передачи вещи двумъ недостаточенъ для признанія здѣсь исключенія.

(s) Такимъ образомъ сюда примѣнено не только тоже право, какъ при стипуляціи, того же содержанія, но и тотъ же самый терминъ, относящійся только къ стипуляціи (§ 16. f); и конечно для того, чтобы разсѣять послѣдніе слѣды сомнѣнія на счетъ полнаго тождества права въ этихъ различныхъ случаяхъ.

(t) Въ этомъ мѣстѣ текста есть очевидный пробѣлъ, одинаковый какъ въ Флорентинѣ, такъ и въ Вульгатѣ; но смыслъ и связь идей позволяютъ сдѣлать дополненіе, не подлежащее сомнѣнію. Глосса говоритъ: „Supple fiunt duo rei promittendi, secundum Martinum"; эти слова должны быть вставлены послѣ contractibus. Въ томъ же смыслѣ читаетъ изданіе Lugd. 1551. 4. (а также Charondas на поляхъ): ceteris fiunt contractibus. Срав. Ribbentrop. S 120.

(u) Тестаментъ причисленъ здѣсь къ контрактамъ въ общемъ смыслѣ слова contractus и смѣшанъ такимъ образомъ съ obligatio. Срав. L. 20 de jud. (5. 1), L. 52 de re jud. (42. 1).

(v) L. 13 § 9, L. 47 loc. (19. 2), L. 13 C. eod. (4. 6), L. 31 § 10 de aedil. ed. (21. 1) (срав. Ribbentrop. S. 159).—L. 16 pr. de pec. const. (13. 5).

разсѣять это сомнѣніе; сверхъ того есть еще одинъ текстъ, ясно признающій корреальность многихъ кредиторовъ при поклажѣ (depositum), слѣдовательно при одномъ изъ договоровъ разсматриваемаго разряда (w). Рѣдкое упоминаніе объ этой корреальности, могущее возбудить сомнѣніе въ ея приложимости, объясняется тѣмъ обстоятельствомъ, что пассивная корреальность во всѣхъ отношеніяхъ является болѣе употребительною и важною, нежели активная (Примѣч. f).

Обобщая все сказанное, можно было бы заключить, что въ одномъ изъ важнѣйшихъ и употребительнѣйшихъ контрактовъ, именно въ займѣ, невозможно было самостоятельное образованіе корреальнаго отношенія, и что для этого всегда требовалась стипуляція. Заемъ не есть договоръ bonae fidei, и потому къ нему буквально не подходитъ категорическое изрѣченіе Папиніана съ спеціальными его мотивами (примѣч. o). Но съ другой стороны, заемъ не получаетъ, подобно стипуляціи, своей обязательной силы изъ положительно-опредѣленной формы выраженія воли; напротивъ онъ заимствуетъ ее изъ естественнаго акта передачи и полученія собственности,—акта, который самъ по себѣ не рождаетъ солидарнаго обязательства многихъ должниковъ, такъ какъ собственность въ деньгахъ можетъ быть перенесена или на одного во всей цѣлости, или на многихъ по частямъ.—Однако необходимо допустить, что и при займѣ отношеніе корреальности можетъ образоваться простымъ неформальнымъ соглашеніемъ безъ посредства стипуляціи. Уже въ эпоху древнихъ юристовъ были признаны многія упрощенія въ формѣ стипуляціи. Подобное же упрощеніе было впослѣдствіи распространено и на заемъ.

Дѣйствительность дополнительныхъ къ займу договоровъ, какъ самостоятельныхъ, выражена слѣдующимъ изрѣченіемъ

(w) L. 1 § 44 depos. (16. 3.) „Sed si duo deposuerint, et ambo agant, si quidem sic deposuerunt, ut vel unus tollat totum, poterit in solidum agere; sin vero pro parte, pro qua eorum interest, tunc dicendum est, in partem condemnationem faciendam.“ Послѣдняя часть мѣста, какъ и вездѣ, есть правило, которое само собою разумѣется; а первая—исключеніе, требующее особой оговорки.

Ульпіана (x): „Omnia, quae inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniae: et ideo et conditiones".

Къ числу этихъ дополнительныхъ, дѣйствительныхъ самихъ по себѣ, договоровъ, конечно, принадлежало и корреальное отношеніе, и не подлежитъ сомнѣнію, что оно составляло одно изъ условій, quae inseri stipulationibus possunt.—Отсюда послѣдовательность привела къ тому, что при займѣ солидарное обязательство могло образоваться вслѣдствіе неформальнаго договора, безъ стипуляцій, въ качествѣ дополненія къ передачѣ и полученію денегъ.

Признаніе этой послѣдовательности доказывается тремя рескриптами Діоклетіана, въ которыхъ заемъ самъ по себѣ (реальный контрактъ) и стипуляція представляются рядомъ, какъ соотносительные, альтернативные источники солидарнаго обязательства (1). — По дѣйствующему праву, заемъ, безъ всякаго сомнѣнія, положительно уравненъ въ этомъ отношеніи съ прочими договорами.

d. Послѣдняя воля (y).

Корреальное отношеніе установляется послѣднею волею въ томъ случаѣ, когда наслѣдникъ обязанъ уплатить легатъ одному изъ многихъ легатарей, становящихся вслѣдствіе этого duo rei credendi: Здѣсь наслѣднику предоставляется право выбора между ними; въ случаѣ его медленности одинъ изъ легатарей можетъ начать искъ о цѣломъ легатѣ, при чемъ прочіе легатари исключаются (z) Въ древнѣйшемъ правѣ былъ возбужденъ споръ: слѣдуетъ ли причислить сюда и тотъ случай, когда наслѣдодатель выразился: „illi aut illi do lego vel dari

---

(x) L. 7 de R. C. (12. 1). Срав. Savigny System т. 6 § 268.

(x[1]) L. 5 C. si cert. pet. (4. 2) „Si non singuli in solidum accepta mutui quantitate vel stipulanti creditori sponte vos obligastis..." L. 9 C. eod. „si duos reos stipulandi vel re pro solido tibi quaesitam actionem ... animadverterit (judex)..." L. 12 C. eod. „Si...cum Jone mutuam sumsisti pecuniam, nec re, nec solemnitate verborum vos obligastis in solidum"...Ribbentrop стр. 111, полагаетъ, что при займѣ солидарное обязательство можетъ образоваться только посредствомъ стипуляціи.

(y) Срав. Ribbentrop стр. 42 до 43 стр. 117—119.

(z) L. 16 L. 24 de leg. 2 (31. un.).

volo", и въ какомъ смыслѣ понимать такое выраженіе? Юстиніанъ рѣшилъ, что aut слѣдуетъ принимать въ смыслѣ et и что каждый легатарь долженъ получить половину легата, т. е. въ данномъ случаѣ корреальность была отвергнута (aa).

Наоборотъ, завѣщатель можетъ возложить на каждаго изъ многихъ наслѣдниковъ одинъ легатъ in solidum. Тогда легатарь имѣетъ право выбора наслѣдника, отъ котораго желаетъ потребовать весь легатъ (bb).

e. Судебное рѣшеніе.

Когда по одному и тому же рѣшенію многіе приговорены къ платежу одной суммы, то дѣло представляется въ томъ же видѣ, какъ и при договорѣ. По общему принцину, обязательство относится къ каждому изъ нихъ только въ части безъ круговой отвѣтственности прочихъ. Тѣмъ не менѣе по рѣшенію каждый можетъ быть привлеченъ отвѣтственности въ случаѣ несостоятельности другихъ; наконецъ, рѣшеніе можетъ пойти еще далѣе, обязавъ ихъ солидарною отвѣтственностью. Тогда оно становится источникомъ настоящаго корреальнаго отношенія, ничѣмъ не отличаясь отъ источниковъ, указанныхъ выше (cc).

§ 18.

III Лица въ обязательствѣ B. Корреальное обязат.—Слѣдствія

Изложенію слѣдствій корреальности необходимо предпослать два замѣчанія. Во 1-хъ, слѣдствія эти одинаковы и для активного, и для пассивнаго корреального отношенія, такъ что всякое древнее указаніе въ пользу одного должно служить дока-

---

(aa) L. 4 pr. § 1 C. de verb. et rer. (6. 38).

(bb) L. 8 § 1 de leg. 1 (30. un.), L. 25 pr. de leg. 3 (32. un.).—Этотъ случай упомянутъ также въ вышеприведенномъ текстѣ, говорящемъ о договорѣ, прим. p. и u.

(cc) L. 1. 2 C. si plures (7. 55), L. 43 de re jud. (42. 3). Рѣшительны начальныя слова перваго изъ этихъ мѣстъ: „Si non singuli in solidum...condemnati estis." Слѣдовательно корреальность въ рѣшеніи является умѣстною и возможною. Подобный случай

зательствомъ и для другаго; во 2-хъ, что правила, которыя мы здѣсь укажемъ, приложимы также и къ акцессорнымъ корреальнымъ отношеніямъ (§ 17 f.), кромѣ модификацій, которыя могутъ быть изложены при акцессорныхъ обязательствахъ вообще.

Въ главѣ всѣхъ послѣдствій стоятъ два простѣйшія и несомнѣнныя:

A. Всякій вѣритель имѣетъ право требовать отъ общаго должника полнаго удовлетворенія (a).

Всякій должникъ обязанъ отвѣтствовать предъ общимъ кредиторомъ въ полной претензіи. Впрочемъ это право общаго кредитора; если онъ предпочитаетъ преслѣдовать каждаго должника по частямъ, то имѣетъ и на это право, такъ какъ подобный процессъ представляется только облегченіемъ для должниковъ (b).—Если одинъ изъ должниковъ препятствуетъ положительными своими дѣйствіями исполненію обязательства (напр. убиваетъ обѣщаннаго раба), то за это отвѣчаютъ прочіе; напротивъ, просрочка (mora) одного (какъ простое упущеніе)не вредитъ остальнымъ должникамъ (c).

B. Удовлетвореніе одного вѣрителя погашаетъ въ то же время претензіи прочихъ, будетъ ли это удовлетвореніе вынужденное или добровольное—все равно. То же послѣдствіе на-

---

бываетъ именно, когда существованіе пассивной корреальности прямо оспаривается и когда вѣритель ищетъ со всѣхъ должниковъ и рѣшеніе признаетъ оспариваемую корреальность. Срав. объ этомъ: Glück. т. 4 стр. 517. Mühlenbruch II. § 491.

(a) L. 31 § 1 de nov. (46. 2), L. 16 de leg. 2 (31. in.).

(b) L. 3 § 1 L. 11 pr. de d. r. (45. 2), L. 8 § 1 de leg. 1. (30. in.).—Относительно корреальнаго обязательства, возникшаго не изъ стипуляціи, а изъ свободнаго дополнительнаго соглашенія къ договору b. f. и принадлежащаго, повидимому, къ эпохѣ позднѣйшаго развитія института (§ 17), явилось мнѣніе, что при состоятельности обоихъ должниковъ каждый обязанъ отвѣчать только въ половинѣ; но самъ же юристъ, упоминающій объ этомъ мнѣніи, соглашается, что оно противорѣчитъ принципамъ права L. 47 locati (19. 2). Искъ, направленный на часть, не отнимаетъ у кредитора солидарнаго права отыскивать остальное.

(c) L. 18 de d. r. (45. 2).—L. 32 § 4 de usur. (22. 1), L. 173 § 2 de R. J. (50. 17).

ступаетъ, когда всѣ кредиторы получатъ удовлетвореніе претензіи по частямъ.(d)

Также и наоборотъ: каждый изъ должниковъ можетъ удовлетвореніемъ съ своей стороны погасить долгъ всѣхъ остальныхъ или же удовлетвореніе можетъ быть совершено каждымъ должникомъ по частямъ. (f)

Кромѣ удовлетворенія есть еще много другихъ фактовъ, влекущихъ за собою болѣе или менѣе полное прекращеніе обязательства, и также слѣдуетъ опредѣлить вліяніе ихъ на корреальное отношеніе, но здѣсь мы встрѣчаемъ много затрудненій и сомнѣній. Основательное изслѣдованіе этого вопроса возможно только въ ученіи о прекращеніи обязательствъ и для нашей цѣли достаточно коснуться только одной его части. Эти факты сводятся къ четыремъ категоріямъ:

Суррогаты удовлетворенія (ведущіе къ тѣмъ же послѣдствіямъ, только инымъ путемъ).

Согласіе воль участвующихъ лицъ о прекращеніи обязательства.

Факты, касающіеся иска и процесса.

Случайные факты.

Особенное затрудненіе при этомъ изслѣдованіе заключается въ томъ, что категоріи не отдѣляются другъ отъ друга рѣзкими границами, такъ что отдѣльные факты могутъ быть отнесены то къ одной изъ нихъ, то къ другой.

Приступая къ изложенію цѣлаго ряда отдѣльныхъ фактовъ, я при каждомъ изъ нихъ постараюсь отвѣтить и на вопросъ: имѣетъ-ли онъ погашающее вліяніе на корреальное обязательство (какъ и дѣйствительное удовлетвореніе), или нѣтъ? (g)

(d) § 1 J. de d. r. (3. 16), L. 31 § 1 de nov. (46. 2), L. 16 de leg. 2 (31. un.).—L. 34 § 1 de sol. (46. 3).

(e) § 1 J. de d. r. (3. 16), L. 3 § 1 de d. r. (45. 2).

(f) L. 8 § 1 de leg. 1 (30. un.), L. 34 § 1 de sol. (46. 3).

(g) Keller, Litiscontestation стр. 446—449, полагаетъ, что по принципу, слѣдуетъ различать погашаетъ-ли фактъ объективную сторону обязательства или только субъективную (личную). Весьма опредѣленное признаніе этого принципа находится въ слѣдующихъ словахъ L. 19 de d. r. (45. 2): „multum enim interest, utrum res

Прежде всего—о суррогатахъ удовлетворенія.
Отдача на храненіе (deposition) въ судебное мѣсто денегъ, предложенныхъ кредитору, но которыхъ тотъ не принялъ. Этотъ актъ вполнѣ равносиленъ дѣйствительному платежу; кредиторъ имѣетъ такое же право на истребованіе этихъ денегъ, какъ если бы онъ самъ ихъ туда вложилъ. (h)

Если же этотъ актъ совершенъ общимъ должникомъ по отношенію къ одному изъ многихъ кредиторовъ, то прочіе кредиторы не имѣютъ никакого права на деньги, такъ какъ должникъ можетъ выбрать того изъ кредиторовъ, кому желаетъ уплатить (Прим. d), и представленныя деньги считаются назначенными для удовлетворенія избраннаго кредитора.

Такимъ же образомъ освобождаются и всѣ должники, если одинъ изъ нихъ предлагаетъ деньги общему кредитору и за тѣмъ вноситъ ихъ въ судъ на храненіе.

2. jn solutum datio.

Если должникъ, съ согласія кредитора, вмѣсто денегъ, представляетъ въ уплату другую вещь, то ipso jure освобождается отъ долга (i) . Это общее правило приложимо и къ случаю стеченія многихъ кредиторовъ in solidum и многихъ должниковъ in solidum, когда одинъ изъ нихъ вступилъ съ своимъ противникомъ въ подобную сдѣлку. Здѣсь возможно сомнѣніе только въ одномъ отношеніи: можетъ ли in solutum datio считаться истиннымъ суррогатомъ исполненія, такъ какъ весьма возможно, что переданная вещь будетъ малоцѣнною, слѣдовательно не покроетъ всего долга. Это сомнѣніе устраняется тѣмъ соображеніемъ, что подобная сдѣлка представляетъ въ дѣйствительности сложный характеръ: она составляется изъ

---

ipsa solvatur, an persona liberetur; quum persona liberatur, manente obligatione, alter durat obligatus.“ Но хотя это мѣсто и можно выставлять принципомъ, имъ нисколько не устраняется затрудненіе, такъ какъ разграниченіе обоихъ этихъ случаевъ возбуждаетъ новыя сомнѣнія.

(h) L. 19 C. de usur. (4. 32), L. 9 C. de sol. (8. 43).

(i) Gajus Lib. 3 § 168, pr. J. quib. modis (3. 29). Прокуліанцы допускали освобожденіе per exceptionem, Сабиніанцы ipso jure. Юстиніановское право упоминаетъ только о послѣднемъ мнѣніи.

продажи вещи за сумму, равную прежнему долгу, и изъ платежа долга посредствомъ компенсаціи съ покупною цѣною.

3. Новація.

Новація, предпринятая однимъ изъ кредиторовъ съ общимъ должникомъ, погашаетъ долгъ и для другихъ кредиторовъ.— Подобное же дѣйствіе производитъ и новація между общимъ кредиторомъ и однимъ изъ многихъ должниковъ. Новація освобождаетъ всѣхъ ихъ (k). Послѣдній изъ этихъ случаевъ не можетъ возбудить никакого сомнѣнія, такъ какъ кредиторъ, принявшій участіе въ сдѣлкѣ, допустилъ модификацію добровольно; въ первомъ же возникаетъ нѣкоторое сомнѣніе въ виду того, что прочіе кредиторы не дали согласія на модификацію. Но мы можемъ, не колеблясь, признать его послѣдствія справедливыми. Новація представляется настоящимъ суррогатомъ удовлетворенія; она есть—погашеніе первоначальной претензіи посредствомъ замѣны ея новою; слѣдовательно, характеръ ея совершенно одинаковъ съ in solutum datio. Этотъ принципъ неоспоримо вѣренъ для простой новаціи, состоявшейся между первоначальными кредиторомъ и должникомъ; онъ еще очевиднѣе по отношенію къ болѣе сложнымъ ея формамъ, когда, напр. кредиторъ принимаетъ новаго должника вмѣсто первоначальнаго; или когда кредиторъ подставляетъ своего должника третьему лицу (своему собственному кредитору), и так. обр. освобождается отъ собственнаго долга. — Всѣ эти комбинаціи изложены весьма наглядно у Венулея, въ указанномъ нами мѣстѣ (прим. k).

Въ текстѣ Венулея мы читаемъ: „Secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit, cum id specialiter agit: eo magis cum eam stipulationem simile esse solutioni existimemus.“ По новѣйшему толкованію, смыслъ его таковъ: не всякая новація погашаетъ корреальное требованіе, существовавшее въ моментъ ея совер-

(k) L. 31 § 1 de nov. (46. 2) Венулея. Сравни по поводу этого случая: Ribbentrop стр. 268 и слѣд.—Сомнѣніе, возбуждаемое L. 27 pr de pactis (2. 14) можетъ быть устранено только впослѣдствіи. Срав. объясненіе L. 27 cit., предложенное въ текстѣ съ прим. u.

шенія, а только имѣвшая спеціальною цѣлью цѣлостное погашеніе. Такимъ образомъ толкованіе это дополняетъ выраженія мысленно слѣдующими словами: cum id specialiter agit, ut cum ab altero liberet (k[1]).

По моему мнѣнію, всякая истинная новація безусловно погашаетъ всякое корреальное обязательство; но не всякая новая стипуляція между тѣми же лицами есть истинная новація и потому мысль текста должна быть дополнена такимъ образомъ: cum id specialiter agit, ut prior obligatio novetur. Не принимая этихъ выраженій за первоначальный текстъ Венулея, я считаю ихъ за вставку компиляторовъ, имѣвшую цѣлью согласить это мѣсто съ послѣдующимъ предписаніемъ Юстиніана, по которому не всякая новая стипуляція, присоединяемая къ обязательству, должна ститаться истинною новаціею. (L. 8 C. de novat. 8. 42). Мнѣніе наше подтверждается слѣдующими словами императорскихъ конституцій, которыя, очевидно, согласны съ указаннымъ мѣстомъ Дигестъ: nisi ipsi specialiter remiserint ... priorem obligationem. Далѣе въ его пользу говоритъ вполнѣ аналогичное мѣсто въ L, 29 eod. „si id specialiter actum est“.

Нельзя однако не согласиться съ тѣмъ, что новація имѣетъ нѣсколько двойственную природу. Мы понимаемъ ее здѣсь, какъ суррогатъ удовлетворенія (какъ замѣну прежняго обязательства), и въ большей части случаевъ природа ея дѣйствительно такова. Но она можетъ имѣть значеніе простой формы, напр. сначала для превращенія обязательства въ стипуляцію, а потомъ для погашенія его акцептиляціею, хотя бы съ цѣлью даренія. Въ этомъ случаѣ послѣдствія ея выте-

---

(k[1])Huschke въ Lindes Leitschrift, neue Folge, т. 2 стр. 153 до 160. Одинъ изъ приведенныхъ имъ примѣровъ, мнѣ кажется, говоритъ прямо противъ него же. Когда корреальная денежная претензія одного изъ кредиторовъ вслѣдствіе новаціи замѣняется эквивалентомъ выраженнымъ въ хлѣбномъ зернѣ, то, конечно, всѣ претензіи погашаются, такъ какъ это соглашеніе заключаетъ въ себѣ настоящееe in solutum dare, равносильное прямому исполненію. Для послѣдней части текста Вепулея, Гушке предлагаетъ нѣсколько поправокъ, чрезвычайно основательныхъ и достойныхъ вниманія; но онѣ не касаются нашего вопроса.

кают̀ не изъ тождества съ удовлетвореніемъ, а изъ простой воли.—Если римскіе юристы допускают̀ безусловно погашающую силу новаціи, не обращая вниманія на приводимое различіе, то это—слѣдствіе (неизвѣстной намъ) строго-формальной природы новаціи; тоже и при акцептиляціи.

Для контракта съ новаціею вспомнимъ о конституті̀.

У древнихъ юристовъ вопросъ о степени вліянія конститута на продолженіе первоначальной претензіи—былъ спорнымъ. Наконецъ, его рѣшили такъ, что конституті̀—служит̀ не погашеніемъ претензіи, слѣдовательно не суррогатомъ удовлетворенія, а только подтвержденіемъ прежней претензіи прибавленіемъ новаго иска. По этому и предъявленіе constitutaria actio не считается поглощеніемъ первоначальнаго иска; только (добровольный или вынужденный) дѣйствительнный платежъ можетъ имѣть значеніе одновременнаго погашенія обоихъ долговъ. (l) Необходимымъ послѣдствіемъ такого взгляда было, что и конституті̀ присоединенный къ корреальному обязательству, нисколько не ослаблялъ дѣйствительности первоначальнаго права иска. — По этому намъ представляется ошибкою компиляторовъ то мѣсто изъ П а в л а, которое съ точки зрѣнія древнѣйшаго и вообще опровергнутаго мнѣнія, утверждаетъ, будто конституті̀, состоявшійся между общимъ должникомъ и однимъ изъ многихъ кредиторовъ, равносиленъ платежу долга, прекращая претензіи остальныхъ кредиторовъ (m). И такъ мѣсто это не можетъ служить указаніемъ на истинный смыслъ юстиніановскаго права.

4. Компенсація.

Простое существованіе у должника денежной претензіи еще не погашаетъ требованія кредитора, слѣдовательно не можетъ

(l) L. 18 § 3 L. 28 de pec. const. (13. 5), L. 15 de in rem verso (15. 3), изъ Гая и Ульпіана.

(m) L. 10 de pec. const. (13. 5) „Idem est, et si ex duobus reis stipulandi alteri constitutum, alteri postea solutum est, quia loco ejus, cui jam solutum est, haberi debet is, cui constituitur.“ По этому послѣдующая уплата должна подлежать возвращенію, какъ indebitum.

считаться равносильнымъ дѣйствительному платежу (n). Напр. если одинъ изъ многихъ кредиторовъ ищетъ съ общаго должника, то послѣдній не можетъ компенсировать искъ встрѣчнымъ требованіемъ на другаго кредитора. Точно также и одинъ изъ должниковъ не можетъ компенсировать искъ, предъявленный къ нему общимъ кредиторомъ, посредствомъ встрѣчнаго требованія принадлежащаго совокупному съ нимъ должнику на кредитора—истца; но послѣднее правило допускаетъ исключеніе, когда оба содолжника состоятъ въ товариществѣ, потому что изъ этого отношенія возникаютъ для обоихъ содолжниковъ общіе интересы и права. (o) Однако если встрѣчное требованіе не только существуетъ, но и выставляется и признается дѣйствительнымъ средствомъ уплаты, то является полнымъ суррогатомъ наличнаго платежа, погашающимъ, подобно послѣднему, права совокупныхъ кредиторовъ и обязанности содолжниковъ.—Погашеніе совершается какъ добровольнымъ учетомъ между кредиторомъ и должникомъ, такъ и эксцепціею о компенсаціи, предъявленною въ теченіи процесса и уваженною судьею. Главное требованіе можетъ быть тогда прекращаемо или во всей цѣлости, или въ части, смотря по величинѣ встрѣчной претензіи.

Теперь слѣдуютъ случаи погашенія, основанные на простой в о л ѣ сторонъ.

5. Акцептиляція.

Погашающее дѣйствіе этого факта съ точки зрѣнія древнихъ юристовъ не подлежало никакому сомнѣнію.

Такъ, если между однимъ изъ многихъ кредиторовъ и общимъ должникомъ совершалась акцептиляція, то право про-

---

(n) Это положеніе связано съ спорнымъ вопросомъ д ѣ й с т в у е т ъ - л и компенсація въ новѣйшемъ правѣ ipso jure или per exceptionem, и если дѣйствуетъ, то в ъ к а к о м ъ с м ы с л ѣ?—Рѣшеніе этого вопроса принадлежитъ ученію о прекращеніи обязательствъ.

(o) L. 10 d e d. r. „Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet.“ Къ случаю корреальныхъ к р е д и т о р о в ъ, которые въ тоже время socii. это исключеніе не приложимо. Срав. вообще Vangerow стр. 89.

чихъ кредиторовъ погашалось (p). Точно также акцептиляція между общимъ кредиторомъ и однимъ изъ многихъ должниковъ, освобождала прочихъ должниковъ. (q)

Для объясненія этого несомнѣннаго правила, возбуждающаго удивленіе при сравненіи его съ совершенно различнымъ правиломъ изложеннаго ниже неформальнаго договора, необходимо сдѣлать два замѣчанія.

Во 1-хъ оно объясняется строго-формальной природой акцептиляціи. Этимъ замѣчаніемъ устраняется и возраженіе, что въ активномъ корреальномъ обязательствѣ подобный непредвидѣнный и односторонній актъ можетъ нанести ущербъ остальнымъ кредиторамъ (r). Въ данномъ случаѣ всѣ соглашались на такую именно форму договора и тѣмъ самымъ подчинялись его возможнымъ послѣдствіямъ. Во 2-хъ, необходимо принять въ соображеніе нѣсколько двойственную природу акцептиляціи. Было бы несправедливо смотрѣть на нее просто какъ на договоръ о невзысканіи и въ особенности, какъ на даръ. Слова: acceptos fero centum могли, конечно, имѣть такое значеніе; но они могли быть принимаемы и въ совершенно другомъ смыслѣ, предполагающемъ дѣйствительное удовлетвореніе—путемъ-ли прямаго полученія самой должной суммы (при чемъ акцептиляція играла роль, такъ сказать, торжественнаго платежа), или другаго какого либо эквивалента. Такое мнѣніе подтверждается однимъ мѣстомъ изъ Ульпі-

---

(p) L. 13 § 12 de accept. (46. 4), L. 31 § 1 de nov. (46. 2). Важное послѣдствіе, подтверждающее въ тоже время и принципъ, состоитъ въ томъ, что adstipulator могъ вслѣдствіе акцептиляціи освободить должника; но это было уже противозаконіемъ, деликтомъ, влекущимъ за собою противъ adstipulator'a actio legis Aquiliae. Gajus Lib. 3 § 215. 216.

(q) L. 26 L. 16 pr. de acceptil. (46. 4), L. 3 § 3 de lib. leg. (34. 3), L. 12 § 3 de inoff. (5. 2).—Замѣчательное приложеніе этого правила къ случаю, въ которомъ этотъ актъ связанъ съ даромъ, запрещеннымъ между супругами, находится въ L. 5 § 1 de don. int. v. et ux. (24. 1).

(r) Это кажущееся возраженіе не должно относиться къ акцептиляціи между общимъ кредиторомъ и однимъ изъ многихъ должниковъ, такъ какъ дѣйствующій здѣсь кредиторъ лишаетъ права только самого себя; прочіе же должники отъ этого прямо выигрываютъ.

ана, гдѣ акцептиляція помѣщена въ ряду суррогатовъ удовлетворенія (s).

6. Неформальный договоръ о невзысканіи (pactum de non petendo).

Такой договоръ, какъ извѣстно, могъ быть заключенъ двоякимъ образомъ: in rem и in personam (t). Первый случай составляетъ правило и вездѣ предполагается самъ собою, если только спеціальное распоряженіе не ограничиваетъ договора лицомъ управомоченнымъ или обязаннымъ; послѣдній случай представляется спеціальнымъ исключеніемъ.—И такъ, pactum in rem имѣетъ силу за и противъ всѣхъ лицъ, на которыя вообще переходятъ права по общимъ правиламъ, слѣдовательно въ частности за и противъ наслѣдниковъ лицъ, заключившихъ договоръ о не взысканіи.

Казалось бы весьма естественнымъ распространить это различіе и на корреальныя обязательства въ томъ смыслѣ, что договоръ о невзысканіи, заключенный однимъ изъ многихъ кредиторовъ или однимъ изъ должниковъ имѣлъ силу и для другихъ, когда былъ in rem (т. е. безъ оговорки о личномъ ограниченіи), а не in personam. Конечно, послѣдняя часть этого естественнаго правила должна быть признана несомнѣнною и истинною, такъ какъ выраженное личное ограниченіе исключаетъ всякое дѣйствіе договора на третье лицо; напротивъ, первая его часть должна быть отвергнута, а вмѣстѣ съ тѣмъ и дѣйствіе договора о невзысканіи in rem на остальныхъ кредиторовъ ил должниковъ также должно быть отрицаемо, покрайней мѣрѣ, съ точки зрѣнія истинной природы корреальнаго отношенія.—Это-то послѣднее обстоятельство должно быть изслѣдовано подробно.

(s) L. 16 pr. de acceptilat. (46. 4) „...quoniam velut solvisse videtur is, qui acceptilatione solutus est.“—По поводу двойственной природы акцептиляціи замѣтимъ, что она была у Римлянъ самою популярною формою, употреблявшеюся въ различномъ смыслѣ и для различныхъ цѣлей; но дѣйствіе ея всегда было рѣшительно. У насъ не существуетъ такой формы,—о послѣдствіяхъ этого различія мы скоро поговоримъ подробно.

(t) Главныя мѣста: L. 7 § 8, L. 40 pr., L. 57 § 1 de pactis (2. 14).

Первый случай примѣненія относится къ двумъ вѣрителямъ in solidum, изъ которыхъ одинъ заключаетъ договоръ съ общимъ должникомъ о невзысканіи. Этотъ договоръ не мѣшаетъ второму вѣрителю осуществить впослѣдствіи свое право посредствомъ иска. Слѣдующее мѣсто изъ Павла, признающее этотъ принципъ, требуетъ внимательнаго разсмотрѣнія: его двусмысленное содержаніе привело нашихъ ученыхъ ко многимъ заблужденіямъ (u).

> Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere; tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo, nam nec novare alium (v) posse, quamvis ei recte solvatur; sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi, quod crediderint, licet novare non possint; quod est verum. Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.

Павелъ, главнымъ образомъ, говоритъ о юридическомъ отношеніи, упомянутомъ уже выше, и похожемъ на корреальное обязательство только съ внѣшней стороны, въ сущности же— совершенно отличномъ отъ него (§ 17 l. m. n.).

(u) L. 27 pr. de pactis (2. 14). Толкованіе этого мѣста основывается по преимуществу, на правильномъ разграниченіи отдѣльныхъ, содержащихся въ немъ положеній. Вообще хорошо разсуждаетъ объ этомъ: Kraut de argentariis стр. 44—51; мы сейчасъ укажемъ на одну ошибку въ его толкованіи. Многіе другіе авторы по этому вопросу указаны у Vangerow 'а стр. 90—93. Срав. также стр. 95—98. Это, впрочемъ, единственное мѣсто, содержащее рѣшеніе нашего вопроса. Въ L. 21 § 5 de pactis, Павелъ ставитъ вопросъ, какъ по отношенію къ кредиторамъ, такъ и къ должникамъ; но онъ не рѣшаетъ его относительно должниковъ.

(v) Kraut, l. c. p. 49, заблуждается въ томъ, что не желаетъ отнести этого рѣшенія Лабеона къ двумъ argentarii socii и именно потому, что въ этомъ мѣстѣ тогда необходимо стояло бы alterum, а не alium. Хотя alter есть выраженіе болѣе точное и опредѣленное, но въ рѣчи объ одномъ изъ двухъ лицъ мы находимъ также alius вмѣсто alter какъ у юридическихъ, такъ и не юридическихъ писателей. Срав. Бриссонія, а также Геснера, цитирующаго много мѣстъ.

Два товарища ведутъ сообща мѣняльное дѣло; постороннее лицо внесено въ ихъ книгу въ качествѣ должника (чрезъ expensilatio); если одинъ изъ нихъ заключаетъ съ должникомъ договоръ о невзысканіи, то спрашивается обязателенъ-ли этотъ договоръ для другаго товарища? Три юриста рѣшаютъ вопросъ отрицательно (съ чѣмъ безмолвно соглашается и Павелъ), даже когда договоръ направленъ in rem (т. е. безъ личнаго ограниченія). Несомнѣнно, говорятъ они, императорскія конституціи предоставляютъ каждому товарищу порознь извѣстное право распоряженія общею претензіею, это распоряженіе ограничивается правомъ всякаго товарища предъявить искъ о цѣлой претензіи и не простирается на заключеніе договора о невзысканіи.

Съ этими выраженіями непосредственно связаны послѣднія слова текста, ради которыхъ мы только и привели его: idemque in duobus reis stipulandi dicendum est. Слѣдовательно, Павелъ желаетъ выразить слѣдующую мысль: тоже самое нужно сказать о двухъ rei stipulandi; именно, что договоръ о невзысканіи одного не связываетъ другаго, если даже заключенъ in rem.

Отрывокъ текста, о которомъ намъ остается еще сказать (отъ: Idem Labeo до quod est verum), представляется вводнымъ, вставленнымъ только для подтвержденія предъидущаго предложенія и не имѣющимъ никакой связи съ заключительными словами, которыя прямо относятся къ предложенію предшествующему. Лабеонъ говоритъ, что одинъ изъ этихъ двухъ мѣнялъ можетъ, безъ сомнѣнія, принять долгъ въ кассу; но не обновлять его (новація),—такъ какъ вообще заключеніе отъ права принять въ кассу къ праву новаціи было бы не вѣрно. Для подтвержденія послѣдняго положенія онъ ссылается на примѣръ сыновей и рабовъ, состоящихъ подъ нашею властью,—которые также могли-бы принять обратно (на нашъ счетъ) отданныя ими взаймы деньги; но не имѣли бы права измѣнять претензію путемъ новаціи. Предположенный нами ходъ мыслей не лишенъ значенія и положительно необходимъ: единственно такимъ путемъ можно ограничить изрѣченіе Павла о неспособности duo rei stipulandi вступить въ договоръ о невзысканіи, который былъ бы обязателенъ для со-

кредитора—пунктъ, неподлежащій никакому сомнѣнію. Если же напротивъ, слѣдуя первому впечатлѣнію, производимому текстомъ, мы захотимъ связать заключительныя слова съ непосредственно предшествующимъ имъ рѣшеніемъ Лабеона,—тогда выйдетъ, что будто по Павлу, одинъ изъ двухъ rei stipulandi не имѣетъ права погасить общую претензію путемъ новаціи. Такое положеніе стояло бы въ непримиримомъ противорѣчіи не только съ основными принципами права, но и съ несомнѣнными свидѣтельствами источниковъ. (Прим. k).

Второй случай примѣненія относится къ двумъ должникамъ in solidum, изъ которыхъ одинъ заключилъ съ общимъ кредиторомъ договоръ о невзысканіи. Спрашивается: можетъ ли другой должникъ защищаться противъ иска кредитора посредствомъ pacti exceptio? И этотъ вопросъ, подобно однородному съ нимъ—о двухъ кредиторахъ in solidum, долженъ быть рѣшенъ отрицательно, на основаніи истинныхъ принциповъ корреальнаго отношенія, хотя бы договоръ о невзысканіи былъ in rem. Впрочемъ сюда можетъ примѣшаться другое юридическое отношеніе, чуждое корреальности, по которому pacti exceptio предоставляется и второму должнику (не заключившему договора), именно когда первый должникъ (заключившій договоръ) самъ заинтересованъ въ ссылкѣ втораго на эксцепцію, т. е. когда искъ, направленный противъ втораго, коснется своими послѣдствіями и перваго (w).

Если отказать въ этомъ случаѣ второму должнику въ эксцепціи, то тѣмъ самымъ прійдется отнять и у перваго заключившаго договоръ о невзысканіи, всѣ преимущества, изъ него вытекающія.

Важнѣйшія и несомнѣнныя послѣдствія этого правила сказываются въ слѣдующихъ приложеніяхъ:

Когда оба rei promittendi состоятъ въ товариществѣ и одинъ изъ нихъ заключаетъ договоръ о невзысканіи, то и другой можетъ защищаться эксцепціею противъ общаго кредитора,—такъ какъ въ противномъ случаѣ послѣдствія обвинительнаго

(w) L. 21 § 5 de pactis (2 14).

рѣшенія получатъ силу и для перваго, лишая его выгодъ вытекающихъ изъ договора. (x).

Если, по заключеніи главнымъ должникомъ договора о невзысканіи, предъявленъ искъ къ поручителю, то послѣдній по принципу можетъ воспользоваться эксцепціею, иначе онъ получитъ право регрессивнаго иска къ главному должнику, иска который лишитъ послѣдняго выгодъ договора (y).

Сравнивая изложенное здѣсь право акцептиляціи (№ 5) съ правомъ договора о невзысканіи (№ 6) мы найдемъ, что къ нимъ примѣняются прямо противоположные принципы. Въ этомъ нѣтъ никакой непослѣдовательности; а только разнообразіе формъ, могущее, по произволу сторонъ, вести къ различнымъ цѣлямъ. У насъ нѣтъ акцептиляціи, а уцѣлѣло только право неформальнаго договора о невзысканіи, настолько обусловленное, что оно производитъ, смотря по обстоятельствамъ, въ извѣстныхъ частныхъ случаяхъ, по волѣ сторонъ, тоже послѣдствіе, какое могла произвести у Римлянъ гораздо вѣрнѣе и удобнѣе весьма употребительная форма акцептиляціи. Слѣдовательно, съ точки зрѣнія дѣйствующаго права, вполнѣ ошибочно приписывать нашему неформальному договору о невзысканіи рѣшительное дѣйствіе римской акцептиляціи и такимъ образомъ прямо извращать истинный характеръ нашего дѣйствующаго права (z).

7. Мировая сдѣлка.

Если между однимъ изъ многихъ кредиторовъ или должниковъ и общимъ ихъ противникомъ возникаетъ процессъ о корреальномъ обязательствѣ, оканчивающійся мировою сдѣл-

---

(x) L. 3 § 3 de lib. leg. (34. 3), L. 25 pr. de pactis (2 14). Въ послѣднемъ мѣстѣ слово socii должно относиться не только къ argentariis, но и къ предшествующимъ duobus reis promittendi.

(y) L. 21 § 5 de pactis (2. 14). Въ тѣхъ исключительныхъ случаяхъ, гдѣ регрессивнаго иска не существуетъ, тамъ и поручитель не имѣетъ эксцепціи L. 5 pr. de lib. leg. (34. 3). Если договоръ о невзысканіи заключенъ in personam, то, конечно, третье лицо не можетъ воспользоваться эксцепціею.

(z) Ученые, защищающіе то и другое мнѣніе, приведены у Вангерова стр. 98 до 100; который самъ поддерживаетъ изложенное здѣсь мнѣніе.

кою,—то спрашивается—погашается ли послѣднею корреальное отношеніе для совокупныхъ кредиторовъ и должниковъ, не участвовавшихъ въ сдѣлкѣ?

Всякая мировая сдѣлка необходимо основывается на обоюдныхъ уступкахъ (aa).

По этому ее можно разсматривать какъ сложную сдѣлку, состоящую изъ частичнаго удовлетворенія и частичнаго не взысканія. Предполагая напр., что долговая претензія составляетъ сумму во 100 р., а по мировой сдѣлкѣ должникъ платитъ наличными деньгами 60 р., подъ условіемъ освободиться отъ всякаго взысканія,—мы найдемъ, что долгъ въ суммѣ 60 р., погашается настоящимъ платежемъ для всѣхъ кредиторовъ и всѣхъ должниковъ (примѣч. c. d. e. f.); что же касается остальныхъ сорока руб., то въ силу мировой сдѣлки о нихъ заключенъ договоръ о не взысканіи; обязательность его для неучаствовавшихъ въ сдѣлкѣ обсуждается по правиламъ, выше указаннымъ подробно.

§ 19.

Лица въ обязательствѣ. B. Обязательство корреальное. Слѣдствія (продолженіе).

Переходимъ къ случаямъ прекращенія, вытекающимъ изъ иска и процесса.

8. Litiscontestatio

Весьма важный институтъ древняго права состоялъ въ процессуальномъ погашеніи (Prozessconsumtio).

Послѣднее основывалось на принципѣ, что всякій искъ, разъ начатый и доведенный до litiscontestatio (in litem deducta actio), никогда не могъ быть возобновленъ. Въ извѣстныхъ случаяхъ онъ погашался ipso jure чрезъ litiscontestatio; въ другихъ—возобновленіе его парализировалось посредствомъ exceptio rei

---

(aa) L. 38 C. de transact. (2. 4).

in judicium deductae, или (если дѣло дошло до какого либо рѣшенія) посредствомъ exceptio rei judicatae (a).

Принципъ этотъ производилъ важное вліяніе на корреальное отношеніе, существо котораго именно и заключается не въ совмѣстной наличности различныхъ обязательствъ, но въ одномъ и томъ же обязательствѣ, всецѣло и безразлично относящемся къ каждому отдѣльному кредитору и должнику. (§ 16) Необходимымъ послѣдствіемъ такаго отношенія было, что искъ, предъявленный однимъ изъ многихъ кредиторовъ исключалъ возможность новаго иска для другихъ кредиторовъ, независимо отъ результата перваго иска: заключался-ли онъ въ обвиненіи должника и въ уплатѣ долга, или нѣтъ. Точно также, если общій кредиторъ предъявлялъ искъ къ одному изъ должниковъ, то тѣмъ самымъ освобождалъ отъ новаго иска другихъ содолжниковъ опять независимо отъ результатовъ перваго иска. (b)

Это послѣдствіе, тяжкое для обыкновеннаго корреальнаго отношенія, было весьма опасно для акцессорнаго корреальнаго обязательства,—поручительства (§ 17), цѣль котораго могла быть совершенно уничтожена. Кредиторъ, разъ предъявившій искъ къ главному должнику, тѣмъ самымъ навсегда терялъ искъ противъ поручителя (который былъ вторымъ reus promittendi по тому же долгу) и никогда не могъ его возобновить, хотя бы даже во время производства главный должникъ оказался несостоятельнымъ;—случай, который именно и обезпечивался поручительствомъ. — Для устраненія этого крайне-нелогическаго послѣдствія прибѣгали къ различнымъ искусственнымъ средствамъ, въ особенности—къ своеобразному пониманію договора о поручительствѣ, лишающему его характера корреальнаго обязательства. (c)

Юстиніанъ издалъ особый законъ, упразднившій всѣ искуственныя предосторожности, постановивъ, что искъ противъ

(a) Gajus L. 3. § 180.—181. Lib. 4. § 106—108. Большая часть превосходнаго сочиненія Келлера посвящена изложенію этого юридическаго института. —Срав. также Savigny. System т. 5 § 235. стр. 254 и т. 6. § 281. 282.

(b) Keller. Litiscontestatio § 49. 52. Ribbentrop. § 28.

(c) L. 116 de V. O. (45. 1). Указаніе на эти искусственныя средства находится въ L. 28. C. de fidej (8. 41)

должника не отнимаетъ у кредитора права начать впослѣдствіи такой же искъ противъ поручителя или всякаго другаго reus promittendi, только дѣйствительное удовлетвореніе прекращало право кредитора. (d)

Перемѣна, происшедшая въ юстиніановскомъ правѣ, имѣла еще другія болѣе важныя послѣдствія. Она совершенно оставила въ сторонѣ весь институтъ процессуальнаго погашенія (независимо даже отъ корреальности) (e) и не въ силу спеціальнаго закона, но простаго умолчанія объ этомъ въ высшей степени положительномъ принципѣ процессуальнаго погашенія,—принципѣ, который самъ по себѣ былъ на столько неестественъ, что безъ приведеннаго мѣста изъ Гая (Прим. a) мы и не подозрѣвали бы о его существованіи. Если бы эта важная перемѣна совершилась еще прежде и вполнѣ сознательно, быть можетъ, даже въ силу спеціальнаго закона, — то не было бы никакой нужды въ особенномъ указѣ о поручительствѣ (Прим. д)

И такъ мы не должны сомнѣваться въ столь важной и рѣшительной перемѣнѣ, какъ и въ истинномъ смыслѣ юстиніанова права, но при этомъ необходимо имѣть въ виду два обстоятельства: во-первыхъ невозможно требовать, чтобы въ Дигесты по недосмотру не перешли нѣкоторые остатки древнѣйшаго права, настоящій смыслъ которыхъ мы понимаемъ теперь только по извѣстіямъ Гая о содержаніи этого права (f); во-вторыхъ слѣдуетъ также ожидать и дополненій, ин-

---

(d) L. 28. C. de fidej. (8. 41) отъ 531 года.

(e) Savigny. System т. 6. стр. 25 и § 282.

(f) Слѣдующія мѣста содержатъ въ себѣ очевидные остатки вышедшаго тогда изъ употребленія древнѣйшаго права, въ которомъ они только и имѣли смыслъ—такъ что внесеніе ихъ въ Дигесты объясняется просто недосмотромъ. L. 2 L. 16 de d. r. (45. 2), L. 116 de V. O. (Прим. c), L. 5 in f. de fidej. (46 1), L. 31 § 1 de nov. (46. 2), наконецъ также L. 28 C. de fidej. (Прим. d).—Puchta, Pand. § 235 g, утверждаетъ безъ всякаго основанія, что погашеніе въ силу litiscontestatio вышло изъ употребленія только для пассивной корреальности, для активной же оно продолжало существовать и въ новѣйшемъ правѣ и дѣйствуетъ даже у насъ. Однако два мѣста, на которыя онъ при этомъ ссылается, принадлежатъ къ числу указанныхъ остатковъ древнѣйшаго права; въ третьемъ же мѣстѣ (L. 57. § 1 de sol. 46 3) нѣтъ и слова correus, а есть только adjectus; слѣдовательно, оно сюда не относится.

терполяцій въ смыслѣ новаго права, и въ нихъ въ дѣйствительности нѣтъ недостатка. (q)

Замѣтимъ еще объ этомъ принципѣ древнѣйшаго права, что въ немъ вообще проглядываетъ очевидное покровительство отвѣтчику (такъ называемому должнику) сравнительно съ истцомъ. (§ 2, g)

9. Понудительная присяга.

Приложеніе этого факта къ корреальному обязательству представляется двоякимъ: 1, когда должникъ подтверждаетъ присягою несуществованіе долга (dari non oportere); 2, когда кредиторъ поттверждаетъ присягою существованіе долга (sibi dari oportere). Разсмотримъ оба случая порознь.

Первый возможенъ въ свою очередь въ двоякой формѣ.

Одинъ изъ многихъ кредиторовъ требуетъ отъ общаго должника, чтобы тотъ подтвердилъ присягою существованіе долга.—По принесеніи присяги, должникъ пріобрѣтаетъ абсолютное освобожденіе въ видѣ exceptio jurisjurandi и не только противъ кредитора, потребовавшаго присягу, но и противъ всѣхъ остальныхъ, неучаствовавшихъ въ этомъ требованіи (i). Единственный кредиторъ требуетъ присяги отъ одного изъ многихъ должниковъ, обязавшихся in solidum. По совершеніи присяги, возникаетъ ex jurisjurandi не только для присягнувшаго, но и для всѣхъ прочихъ содолжниковъ не присягавшихъ (k).

(g) L. 8 § 1 de leg. 1 (30. un.) „Si ita scriptum sit: Lucius Titius heres meus aut Mevius heres meus, decem Sejo dato, cum utro velit, Sejus aget, ut, si cum uno actum sit, et solutum, alter liberetur, quasi si duo rei promittendi in solidum obligati fuissent.“ Слова: et solutum весьма кстати вставлены въ смыслѣ юстиніановскаго права. Помпоній не вписалъ ихъ потому, что въ его время искъ, начатый противъ одного наслѣдника, совершенно освобождалъ другаго (Прим. b), такъ что фактъ платежа былъ безразличенъ для этой цѣли. Точно также въ L. 2 C. de fid. tut. (5. 57) слова: et solvente.—Срав. Keller стр. 438. Ribbentrop. стр. 42., System. т. 5. стр. 255.

(h) Срав. System т. 7 § 309 do 314.

(i) L. 28 de jurej. (12. 2) „In duobus reis stipulandi ab altero delatum jusjurandum etiam alteri nocebit.“

(k) L. § 3 de jurej. (12. 2) „Ex duobus reis promittendi ejusdem pecuniae alter juravit, alteri quoque prodesse debebit.“

Послѣдній принципъ находитъ весьма частое и важное примѣненіе въ отношеніяхъ главнаго должника къ поручителю. Присяга главнаго должника производитъ и для поручителя право на эксцепцію; (l) и на оборотъ — присяга поручителя рождаетъ это право и для главнаго должника. (m) Если бы оба послѣднія положенія были разобщены, то можно было бы ихъ выводить изъ акцессорной природы поручительства (§ 17); но такъ какъ они представляются рядомъ и совершенно тождественными, относящимися къ двумъ главнымъ солидарнымъ должникамъ, (примѣч. k) то очевидно, что они вытекаютъ прямо изъ корреальнаго отношенія, заключающагося также и въ поручительствѣ, а не изъ акцессорной природы поручительства.

Весь принципъ со всѣми указанными его приложеніями, сводится къ отождествленію присяги съ уплатою долга (n),— вслѣдствіе чего присягу можно отнести къ суррогатамъ удовлетворенія. Это отождествленіе не только подтверждаетъ истинность нашего принципа, но указываетъ вмѣстѣ съ тѣмъ на внутреннюю его природу и на весьма важное ограниченіе. Въ самомъ дѣлѣ, необходимо обращать вниманіе на особенное содержаніе присяги и приписывать ей общее значеніе только въ томъ случаѣ, когда она имѣетъ своимъ предметомъ дѣйствительность самаго долга (объективно), а не только связь его съ извѣстнымъ лицомъ и спеціальныя отношенія послѣдняго. (o) Однакоже это ограниченіе необходимо понимать не въ томъ смыслѣ, будто присяга должна прямо и спеціально относиться къ факту совершеннаго платежа; напротивъ, общая присяга „dari non oportere“ была вполнѣ достаточна вслѣдствіе своего

(l) L. 28 § 1 L. 42 pr. § 3 de jurej. (12. 2). L. 7 § 1 de except. (44. 1), L. 1 § 3 quar. rer. act. (44. 5).

(m) L. 28 § 1 L. 42 § 1. 2 de jurej. (12. 2).

(n) L. 27 de jurej. (12. 2) „Jusjurandum etiam loco solutionis cedit.“ L. 28 § 1 eod. „...nam quia in locum solutionis succedit...“

(o) L. 28 §1 de jurej. (12. 2) „...si modo ideo interpositum est jusjurandum, ut de ipso contractu, et de re, non de persona jurantis ageretur.“—L. 1 § 3 quar. rer. act. (44. 5) „Si fidejussor juravit, si quidem de sua persona tantum juravit, quasi se non esse obligatum, nihil reo proderit; si vero in rem juravit, dabitur exceptio reo quoque.“

объективнаго понятія, такъ какъ она заключала въ себѣ и платежъ въ смыслѣ возможной причины несуществованія долга и при сомнѣніи слѣдовало признавать, что присяга произносилась именно въ этой рѣшительной и общей формѣ. (p)

Второй возможный случай присяги состоитъ въ томъ, что кредиторъ клянется въ существованіи долга (sibi dare oportere) (q). И здѣсь также присяга въ приложеніи къ корреальному отношенію, можетъ представляться въ двухъ формахъ: во 1-хъ когда, одинъ изъ многихъ кредиторовъ приноситъ присягу и совокупный съ нимъ кредиторъ желаетъ воспользоваться ею противъ общаго должника; во 2-хъ, когда единственный кредиторъ присягаетъ и желаетъ воспользоваться присягою не противъ должника, потребовавшаго ее отъ него, а противъ другаго.

Ни одна изъ этихъ формъ присяги не упоминается въ нашихъ источникахъ права, вслѣдствіе чего мы должны вполнѣ отвергнуть такое послѣдствіе присяги по отношенію къ лицамъ, между которыми первоначально не имѣло мѣста ни требованіе, ни совершеніе ея. Это предположеніе подтверждается еще тѣмъ обстоятельствомъ, что болѣе широкое дѣйствіе отрицающей присяги (dari non oportere) сводится къ отождествленію присяги съ платежомъ (прим. n); о положительной-же присягѣ (dari oportere) этого, по аналогіи, утверждать нельзя.

Если замѣтятъ, что здѣсь нѣтъ полной равноправности между сторонами (кредиторомъ и должникомъ), то можно возразить, что вообще существуетъ извѣстное покровительство въ пользу должника противъ кредитора (§ 2, 9), о вліяніи котораго на корреальное отношеніе мы уже замѣтили по поводу важнаго случая процессуальнаго погашенія. Къ этому можно прибавить еще то чисто-практическое соображеніе, что въ отвергаемомъ на-

---

(p) L. 42 pr de jurej. (12. 2).—Необходимо обращать вниманіе на тождественность смысла данной прежде присяги съ предлежащимъ юридическимъ вопросомъ. Если такое тождество существуетъ, то присяга имѣетъ силу и за и противъ третьяго лица; въ противномъ случаѣ не имѣетъ.—Срав. L. 28 § 8 L. 36 de jurej (12. 2).

(q) О дѣйствіи такой положительной присяги, влекущей за собою искъ, говорится вообще въ L. 9 § 1. 6 de jurej. (12. 2).

ми болѣе широкомъ дѣйствіи положительной присяги существуетъ менѣе потребности, нежели въ дѣйствіи отрицательной. Когда кредиторъ даетъ положительную присягу, то отъ него зависитъ прямо за тѣмъ начать искъ, прежде нежели произойдетъ какая либо перемѣна въ имущественной обстановкѣ должника, или наступятъ опасныя для него обстоятельства, способныя затемнить доказательственную силу его фактовъ. Напротивъ, при отрицательной присягѣ не во власти должника начать процессъ о рѣшеніи вопроса объ обязательствѣ, такъ что онъ, безъ своей вины, подверженъ упомянутой нами опасности. — Въ этомъ случаѣ болѣе широкое приложеніе exceptio jurisjurandi служитъ ему справедливымъ вознагражденіемъ.

10. Судебное рѣшеніе, вступившее въ законную силу.

Приложеніе рѣшенія къ корреальному обязательству представляетъ большую аналогію съ присягою; здѣсь одинаковые случаи и юридическіе вопросы; остается только разсмотрѣть: не такое ли будетъ и разрѣшеніе этихъ вопросовъ?

Судебное рѣшеніе сравнительно съ присягой представляется болѣе важнымъ и употребительнымъ на практикѣ, а потому можетъ показаться страннымъ, что древніе юристы упоминаютъ о немъ рѣже и трактуютъ не такъ подробно, какъ о присягѣ. Явленіе это объясняется очень просто тѣмъ обстоятельствомъ, что въ эпоху древнихъ юристовъ уже litiscontestatio и слѣдующее за нею процессуальное погашеніе, о которомъ говорилось въ началѣ §, устраняли обязательство по отношенію къ остальнымъ вѣрителямъ или должникамъ, и о приложеніи рѣшенія къ нашему вопросу не могло быть и рѣчи.

Я перехожу прямо къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ юридическихъ случаевъ въ томъ же порядкѣ, какъ при изложеніи присяги.

Сначала коснусь оправдательнаго рѣшенія, а потомъ—обвинительнаго.

Оправдательное рѣшеніе можетъ прежде всего имѣть мѣсто между однимъ изъ многихъ вѣрителей и общимъ должникомъ. Объ этомъ случаѣ въ нашихъ источникахъ права не упоминается. Но я, не колеблясь, признаю за должникомъ exceptio rei judicatae даже противъ послѣдующаго иска всякаго изъ совокупныхъ кредиторовъ, — прямо по аналогіи съ

присягою (примѣч. i), такъ какъ и въ другихъ случаяхъ къ рѣшенію и къ присягѣ примѣняются одинаковые принципы.

Оправдательное рѣшеніе можетъ, далѣе, имѣть мѣсто между общимъ кредиторомъ и однимъ изъ должниковъ, обязавшихся in solidum. Здѣсь средствомъ exceptio rei judicatae пользуется всякій изъ прочихъ должниковъ. Правда, что принципъ этотъ выраженъ въ одномъ мѣстѣ, трактующемъ объ оправданіи главнаго должника, чѣмъ впослѣдствіи можетъ воспользоваться и поручитель (r), и если бы это выраженіе было единственнымъ, то оно объяснялось бы пожалуй идеею акцессорныхъ отношеній: иначе, обвиненіе поручителя давало бы ему право регрессивнаго иска къ должнику, который такимъ образомъ необходимо лишился бы выгодъ оправданія. Однако въ другомъ мѣстѣ ясно говорится, что изъ оправданія вытекаетъ обоюдное взаимное право (s); откуда неизбѣжно слѣдуетъ, что въ основаніи принципа лежитъ не акцессорное отношеніе поручительства, а скорѣе отношеніе корреальности, содержащееся въ послѣднемъ.

И такъ, принципы рѣшенія въ этомъ отношеніи вполнѣ согласны съ изложенными выше принципами присяги (t).

Намъ остается еще разсмотрѣть обвинительное рѣшеніе. Если одинъ изъ многихъ вѣрителей добился обвиненія должника, но почему либо не получилъ удовлетворенія, то могъ ли одинъ изъ совокупныхъ кредиторовъ воспользоваться въ своихъ интересахъ искомъ, вытекающимъ изъ рѣшенія; тоже самое могъ ли сдѣлать и общій кредиторъ, въ случаѣ обвиненія по его иниціативѣ одного изъ должниковъ (при неудовлетвореніи), и противопоставить actio rei judicatae каждому изъ прочихъ содолжниковъ.— Наши источники не даютъ отвѣта ни на одну изъ двухъ формъ этого вопроса; тоже мы видѣли и при

(r) L. 7 § 1 de exc. (44. 1).

(s) L. 42 § 3 de jurej. (12. 6) „Item, si reus juravit, fidejussor tutus sit, quia et res judicata secundum alterutrum eorum utrique proficeret."

(t) См. выше прим. k. l. m.—Съ этимъ мнѣніемъ согласенъ Ribbentrop. стр. 261. 262. 268.—Для подробнаго уясненія вопроса см. Savigny System. т. 6. § 301.

совершенно аналогичномъ вопросѣ о положительной присягѣ (dari oportere) (u). Я не колеблюсь примѣнить и сюда принципы присяги, изложенные выше, отвергая, слѣдовательно, въ корреальныхъ отношеніяхъ actio rei judicatae въ пользу и противъ всѣхъ неучаствовавшихъ въ первомъ процессѣ.

11. Рѣшеніе третейскаго судьи.

Юридическая сила такого рѣшенія обезпечивается условленнымъ штрафомъ на случай неповиновенія одной изъ сторонъ этому рѣшенію.

Слѣдовательно, если истецъ, недовольный оправдательнымъ рѣшеніемъ третейскаго судьи, привлечетъ отвѣтчика къ обыкновенному суду, то долженъ за неповиновеніе заплатить условленный штрафъ.

Теперь предположимъ, что при существованіи корреальнаго отношенія одному изъ вѣрителей, заключившему съ общимъ должникомъ компромиссъ, третейскій судья отказываетъ въ искѣ; но за тѣмъ одинъ изъ совокупныхъ кредиторовъ привлекаетъ должника къ суду,—спрашивается: имѣетъ ли мѣсто взысканіе штрафа съ перваго кредитора, которому отказано въ искѣ? По принципу—не имѣетъ, такъ какъ судебный искъ былъ начатъ не имъ.

Точно также, если общій кредиторъ, привлекшій одного изъ должниковъ къ третейскому суду, получитъ отказъ въ искѣ и предъявитъ потомъ судебный искъ противъ должника: оправданіе третейскаго судьи не относится къ содолжнику, а потому и возбужденіе судебнаго иска не представляется неповиновеніемъ рѣшенію.

Дѣло представляется иначе, если кредиторъ, которому отказано въ искѣ съ главнаго должника, начнетъ искъ противъ

(u) Повидимому, можно бы сослаться въ этомъ случаѣ на L. 5 pr. de appell. (49.1) „Igitur et venditoris fidejussor emtore victo appellabit, licet emtor et venditor acquiescant.“ Но, какъ извѣстно, поручитель есть correus не покупщика (обвиненнаго), а только продавца. Предшествующій случай сонаслѣдниковъ также показываетъ, что апелляція можетъ быть принесена третьимъ лицомъ просто для предотвращенія вреднаго для него рѣшенія; однако же изъ этого права принести апелляцію нельзя выводить обязательности для апеллятора состоявшагося рѣшенія.

поручителя,—такъ какъ этотъ искъ все-таки косвенно направляется противъ самаго же должника, къ которому поручитель имѣетъ право регресса.

Первые два случая могутъ быть тождественны съ послѣднимъ, когда разные вѣрители и разные должники состоятъ въ товариществѣ, такъ какъ въ силу товарищескихъ отношеній выгоды и невыгоды процесса, возбужденнаго послѣ третейскаго оправданія, становятся общими; отсюда послѣдствіе то же, какъ если бы процессъ велся лицами, участвовавшими въ третейскомъ рѣшеніи. Съ начатіемъ иска можно отыскивать штрафъ, условленный въ компромиссѣ, хотя бы предъ обыкновеннымъ судомъ фигурировали, въ качествѣ истца и отвѣтчика, не тѣ самыя лица, которыя участвовали въ третейскомъ процессѣ. (v).

12. Давность иска.

Когда нѣсколько вѣрителей, какъ correi, имѣютъ общій искъ, и когда искъ одного изъ нихъ погашенъ давностью, тогда какъ для другихъ давность еще течетъ,—то возникаетъ вопросъ: задавнѣніе перваго иска причиняетъ-ли вредъ прочимъ?—Тоже и относительно многихъ корреальныхъ должниковъ.

По общему правилу, вопросъ рѣшается такъ: всѣ подобные иски должны имѣть одинаковый давностный срокъ.

Но здѣсь можетъ быть отступленіе отъ правила въ силу перерыва давности для одного изъ кредиторовъ напр. вслѣдствіе полученія отъ должника записки, процентовъ и т. д. тогда какъ для другихъ перерыва не существуетъ. Послѣдній именно случай и вызвалъ спеціальный законъ Юстиніана, по которому перерывъ давности, по отношенію къ одному вѣрителю или должнику, долженъ имѣть силу и для всѣхъ исковъ, вытекающихъ изъ корреальнаго отношенія, и служить такимъ образомъ задержкою противъ теченія давности для всѣхъ сторонъ (w).

(v) L. 34 pr. de receptis (4. 8). Подробности, сообщенныя въ текстѣ сочиненія, вносятъ въ толкованіе этого мѣста нѣкоторыя модификаціи. Объ этомъ мѣстѣ срав. Kraut de argentariis p. 51—53.—Часть мѣста, касающаяся аргентаріевъ, была приведена выше § 17, i.

(w) L. 5. C. de d. r. (8 40) Срав. System т. 5 § 242., i.

Однако остается еще одинъ случай, не предусмотрѣнный этимъ закономъ. Когда умираетъ одинъ изъ корреальныхъ вѣрителей, оставляя несовершеннолѣтняго наслѣдника, то давность по отношенію къ его исковому праву на время пріостанавливается, тогда какъ для исковъ совокупныхъ съ нимъ вѣрителей она течетъ и можетъ совершенно окончиться. (x). Если срокъ давности истекаетъ во время несовершеннолѣтія, то представляется сомнѣніе какъ въ томъ, прочіе кредиторы могутъ-ли пользоваться преимуществами несовершеннолѣтняго, такъ и наоборотъ въ томъ, невыгоды другихъ кредиторовъ могутъ-ли наступить и для несовершеннолѣтняго? Оба вопроса можно, не колеблясь, рѣшить отрицательно. Всякое преимущество, даваемое несовершеннолѣтнему по существу своему чисто личное и ничѣмъ не связано съ обязательствомъ. Слѣдовательно, корреальное отношеніе не можетъ въ этомъ случаѣ служить помѣхою какъ для преимущества несовершеннолѣтняго, такъ и для истеченія давностнаго срока противъ совокупныхъ кредиторовъ.

13. Реституція.

Когда несовершеннолѣтній является поручителемъ и получаетъ реституцію въ ущербъ этого обязательства, то главный должникъ не извлекаетъ изъ реституціи никакой пользы, такъ какъ реституція производитъ вліяніе не на самое обязательство, а только на чисто-личныя отношенія къ нему несовершеннолѣтняго (y).

По тѣмъ же мотивамъ, этотъ принципъ долженъ быть несомнѣнно примѣненъ и къ случаю, когда несовершеннолѣтній домогается реституціи не противъ поручительства, а противъ чистаго (не акцессорнаго) корреальнаго обязательства.

Теперь намъ остается только разсмотрѣть случаи погашенія обязательства, которые выше мы назвали (§ 18) *случайными фактами*.

(x) Срав. System т. 5 § 252.
(y) L. 48 pr. de minor. (4. 5).

14. Confusio.

Когда умираетъ одинъ изъ корреальныхъ должниковъ, оставляя наслѣдникомъ общаго кредитора, то кажется, что долгъ погашается чрезъ confusio, какъ бы вслѣдствіе платежа, а прочіе содолжники освобождаются. Но этотъ способъ погашенія касается не столько существованія самаго обязательства, сколько отношенія его къ извѣстному лицу. Вотъ почему принято за правило, что вслѣдствіе такого факта изъ обязательства выбываетъ только личность умершаго должника и кредиторъ можетъ продолжать взысканіе по своей претензіи съ прочихъ содолжниковъ. Конечно, если оба корреальные должника—socii, то претензія продолжается только въ части (z).

15. Capitis deminutio.

Должникъ, котораго постигла minima capitis deminutio, освобождался, по общему принципу древняго права, отъ долга (aa).

Если предположить, что это освобожденіе случилось съ однимъ изъ многихъ корреальныхъ должниковъ, то возникаетъ вопросъ: имѣло-ли оно тотъ же характеръ какъ и уплата, т. е. освобождало ли въ тоже время и содолжниковъ?

(z) L. 71 pr. de fidej. (46. 1) „Sed quum duo rei promittendi sint, et alteri heres extitit creditor, justa dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exemta, confusa obligatione. Et puto, aditione hereditatis, confusione obligationis eximi personam... cum altero autem reo vel in solidum, si non fuerit societas, vel in partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere.“ Срав. Ribbentrop стр. 24—26. Само мѣсто прямо говоритъ только объ этомъ одномъ случаѣ; но безъ всякаго сомнѣнія, этоже правило можно примѣнить и къ тому случаю, когда умираетъ кредиторъ, оставляя своимъ наслѣдникомъ одного изъ должниковъ; или когда одинъ изъ многихъ кредиторовъ назначаетъ наслѣдникомъ общаго должника или самъ назначается имъ. Вотъ еще случаи, нѣсколько различные, но аналогичные. Кредиторъ назначаетъ наслѣдникомъ своего сокредитора или—должникъ—содолжника. И тамъ и здѣсь двѣ различныя претензіи или два долга продолжаются въ одномъ и томъ же лицѣ. L. 13 de d. r. (45. 2), L. 5 de fid. (46. 1), L. 93 pr. § 1. 2 de sol. (46. 3). Напротивъ, преемство между главнымъ должникомъ и поручителемъ погашаетъ отношенія поручительства. L. 5 cit. L. 93. § 2 cit.

(aa) Срав. System. т. 2. § 70, т. 7. § 333.

На самомъ дѣлѣ этого не было, и такое освобожденіе, подобно confusio, имѣло чисто-личный характеръ и дѣйствіе. Слѣдовательно только должникъ, потерпѣвшій умаленіе въ правахъ, выходитъ изъ ряда корреальныхъ должниковъ; прочіе же содолжники остаются въ обязательствѣ, какъ прежде (bb).

§ 20.

III. Лица въ обязательствѣ. B. Обязательство корреальное. Случаи ненастоящей корреальности.

Выше мы замѣтили (§ 16 c), что рядомъ съ изложенною истинною корреальностью стоятъ случаи не настоящей корреальности, которая напоминаетъ первую только по нѣкоторымъ общимъ послѣдствіямъ (a), въ сущности же совершенно отлична отъ нея. Тѣмъ не менѣе случаи эти требуютъ точнаго и тщательнаго изслѣдованія, отчасти по своей важности и многочисленности, отчасти потому, что неразграниченіе этихъ двухъ классовъ обязательствъ привело нашихъ писателей къ большому смѣшенію понятій и принциповъ права.

Прежде всего укажемъ на важное различіе этихъ классовъ. Истинное корреальное отношеніе, по скольку оно вытекаетъ изъ воли сторонъ, представляется какъ на сторонѣ многихъ вѣрителей (активно), такъ и на сторонѣ многихъ должниковъ (пассивно) (§ 16). Напротивъ, случаи ненастоящей корреальности, о которой идетъ теперь рѣчь, могутъ существовать только на сторонѣ многихъ должниковъ (пассивно).

Вотъ они:

A. Обязательство изъ деликта, насколько оно имѣетъ цѣлью вознагражденіе.

(bb) L. 19 de d. r. (45. 2) „Quum duo eandem pecuniam debent, si unus capitis deminutione exemtus est obligatione, alter non liberatur.“ (Остальная часть мѣста была приведена выше. § 18. g).

(a) Важнѣйшія послѣдствія обоихъ классовъ, суть слѣдующія: искъ, смотря по выбору вѣрителя, можетъ быть направленъ во

Я указалъ уже подробно въ другомъ мѣстѣ, что деликтъ даетъ начало двоякаго рода обязательствамъ и искамъ, существенно различнымъ между собою: искомъ о наказаніи (уголовнымъ двустороннимъ) и о вознагражденіи (уголовнымъ односторонним). Часто обѣ цѣли достигаются различными исками, часто одними и тѣми же, получающими тогда сложный и смѣшанный характеръ. (b)

Когда деликтъ совершонъ многими лицами сообща, возникаетъ вопросъ: вытекаетъ ли отсюда корреальное отношеніе между этими лицами или нѣчто аналогичное ему?

Для рѣшенія этого вопроса необходимо выдѣлить совершенно двусторонніе уголовные иски. Всякій участникъ въ деликтѣ несетъ полное наказаніе, какъ еслибы учинилъ его одинъ, и, стало быть, наказаніе налагается въ пользу потерпѣвшаго столько разъ, сколько участниковъ въ деликтѣ. Этотъ важный принципъ нигдѣ не выраженъ прямо и вообще; но онъ вытекаетъ самъ собою изъ столь неизбѣжной индукціи, что въ истинности его не можетъ быть сомнѣнія. (c)

Наглядность и несомнѣнность принципа мы пояснимъ нѣкоторыми примѣрами. Когда трое похищаютъ сообща 100 р., то штрафъ, полагаемый въ наказаніе, простирается до 200 р. съ каждаго похитителя, совершившаго преступленіе. Такимъ образомъ во взятомъ нами примѣрѣ каждый изъ трехъ похитителей обязанъ уплатить эту сумму, такъ что потерпѣвшій долженъ получить 600 р. — Когда двое сообща убиваютъ чужую лошадь, стоившую въ послѣдній годъ 100 р., то каждый

всей цѣлости на многихъ должниковъ; удовлетвореніе со стороны одного должника освобождаетъ всѣхъ остальныхъ содолжниковъ.

(b) System. т. 5 § 210. 211.

(c) System. т. 5 § 211. b. и стр. 234, гдѣ сгруппированы мѣста, вполнѣ доказывающія принципы, выставленные здѣсь въ текстѣ. Изъ этихъ принциповъ есть одно только истинное исключеніе, которое основывалось несомнѣнно на смѣшеніи наказанія съ удовлетвореніемъ, а не на шаткомъ пониманіи самихъ принциповъ. За обманъ казны многими лицами полагается четвертной штрафъ, но штрафъ этотъ взыскивается со всѣхъ участниковъ только одинъ разъ, слѣдовательно съ каждаго въ случаѣ состоятельности всѣхъ виновниковъ только часть штрафа. L. 46 § 9 de j. fisci (49. 14). Finestres in Hermogenianum p. 1047.

изъ виновныхъ платитъ сотню, а собственникъ получитъ двѣсти руб. (d). Такимъ образомъ случаи двустороннихъ уголовныхъ исковъ не имѣютъ даже кажущейся аналогіи съ корреальнымъ отношеніемъ.

Совершенно иначе дѣло представляется при одностороннемъ уголовномъ искѣ, существо котораго состоитъ въ требованіи чистаго вознагражденія убытковъ, причиненныхъ деликтомъ.

Правда, по принципу, и здѣсь въ деликтѣ, учиненномъ многими, дѣяніе каждаго участника разсматривается какъ самостоятельное, безъ отношенія къ прочимъ, такъ что каждый изъ соучастниковъ обязывается къ возмѣщенію полнаго вознагражденія, а не только части его;—но если одинъ изъ нихъ уплатилъ все вознагражденіе, то прочіе освобождаются, такъ какъ съ совершеніемъ платежа уничтожается самое понятіе убытковъ, въ смыслѣ условія обязательства, которое остается затѣмъ безпредметнымъ. И этотъ важный принципъ въ римскомъ правѣ нигдѣ не выраженъ вообще; но неизбѣжная индукція дѣлаетъ и его несомнѣннымъ. (e)

Отсюда та очевидная внѣшняя аналогія односторонняго уголовнаго иска съ корреальнымъ отношеніемъ, заставлявшая боль-

---

(d) Повидимому, непослѣдовательно причислять къ двустороннимъ уголовнымъ искамъ случай actio legis Aquiliae, такъ какъ этотъ искъ, главнымъ образомъ, имѣетъ цѣлью простое вознагражденіе. Однако вслѣдствіе искуственнаго счета связаннаго съ нимъ (in eo anno, или in diebus XXX proximus) онъ могъ случайно имѣть послѣдствіемъ то простое вознагражденіе, то вознагражденіе вмѣстѣ со штрафомъ, нераздѣльно. Вслѣдствіе этого самый искъ разсматривался какъ чистый двусторонній уголовный искъ. Срав. System. т. 5 стр. 234—236. Такъ было по римскому праву. Если же признать по дѣйствующему праву, что этотъ искъ имѣетъ цѣлью только вознагражденіе безъ всякаго искусственнаго исчисленія штрафа (о чемъ будетъ рѣчь впереди), то его не слѣдуетъ считать двустороннимъ уголовнымъ искомъ, но одностороннимъ. Онъ представляется, съ точки зрѣнія нашего вопроса, тождественнымъ съ actio doli, но не съ actio furti.

(e) Важнѣйшія мѣста приведены: въ System. т. 5 § 211 с. и стр. 221; еще лучше и подробнѣе у Риббентропа стр. 90 до 106. Совершенно тоже правило и по тому же основанію приложимо къ condictio furtiva (L. 1 C. de cond. furt. 4. 8), хотя этотъ искъ не слѣдуетъ считать искомъ изъ деликта. Срав. Syst. т. 5. Прилож. XIV № XVII.

шую часть писателей признавать въ уголовныхъ искахъ истинную корреальность. Для точнаго и вѣрнаго разграниченія въ этомъ случаѣ истиннаго отъ ложнаго необходимо вспомнить изложенныя выше послѣдствія истинной корреальности (§ 18. 19), и опредѣлить приложимость или неприложимость каждаго изъ нихъ порознь къ одностороннимъ уголовнымъ искамъ.

Въ этихъ искахъ вѣритель можетъ по произволу избрать того изъ участниковъ преступленія отъ котораго онъ желаетъ требовать полнаго вознагражденія.—Съ уплатою вознагражденія добровольно или по принужденію, однимъ изъ нихъ, всѣ прочіе участники освобождаются.—Слѣдовательно, въ главныхъ послѣдствіяхъ односторонніе уголовные иски вполнѣ совпадаютъ съ корреальнымъ отношеніемъ.

Что же касается другихъ послѣдствій корреальности (§ 18. 19), то въ этомъ отношеніи бросаются въ глаза самыя рѣзкія различія между корреальностью и одностороннимъ уголовнымъ искомъ; всѣ они сводятся къ одному главному принципу.

Факты, названные выше истинными суррогатами платежа, непрямыми путями удовлетворенія вѣрителя (§ 18), погашаютъ долгъ и по отношенію ко всѣмъ должникамъ даже въ односторонихъ уголовныхъ искахъ.—Сюда принадлежатъ: отдача денегъ на храненіе (depositio) въ судебное мѣсто, in solutum datio, новація (насколько она замѣняетъ уплату), компенсація, совершенная въ видѣ уплаты.

Напротивъ, слѣдующіе факты не производятъ въ уголовныхъ искахъ никакихъ послѣдствій по отношенію къ прочимъ должникамъ: акцептиляція, неформальный договоръ, мировая сдѣлка (на сколько она влечетъ за собою удовлетвореніе не въ части); далѣе всѣ факты, относящіеся къ процессу, какъ процессуальное погашеніе, присяга, оправдательное рѣшеніе. (f).

B. Нѣкоторыя обязательства, возникшія изъ общихъ договоровъ безъ корреальныхъ отношеній.

Мы замѣтили выше, что обязательства, возникшія изъ куп-

(f) Ribbentrop. § 28. 29.—Особенно важны въ этомъ отношеніи L. 7 § 4 quod falso (27. 6) „perceptione, non electione“, L. 3. 4 de his qui effud. (9. 3) „perceptione, non litis contestatione.“

лп, найма, ссуды, поклажи и т. д., когда на одной ихъ сторонѣ нѣсколько лицъ, касаются каждаго изъ лицъ только въ части, корреальное же обязательство должно быть обусловлено спеціально, что у Римлянъ дѣлалось посредствомъ неформальнаго договора. Это подтверждается не только частными случаями примѣненія, но признано въ смыслѣ принципа въ одномъ изъ замѣчательныхъ мѣстъ Папиніана (§ 17: p). Случаи, въ которыхъ корреальность обусловливалась, не представляютъ никакихъ недоразумѣній; напротивъ, прочіе случаи (гдѣ она не обусловливалась) требуютъ внимательнаго изслѣдованія.

Я приведу сначала тѣ, къ которымъ несомнѣнно примѣняется указанный нами принципъ. Если кто-либо продаетъ или сдаетъ въ аренду двумъ лицамъ участокъ земли за 100 руб., не установляя корреальности, то отъ каждаго онъ можетъ требовать, конечно, только по 50 р.; одинъ не отвѣчаетъ здѣсь за другаго. (g)

Но юридическое отношеніе можетъ представиться въ другомъ видѣ, когда обязательство, породившее искъ, основано не просто на условіи, какъ въ данныхъ случаяхъ, а на какомъ либо дѣйствіи или упущеніи должника, наступившемъ впослѣдствіи; это обстоятельство придаетъ всему отношенію болѣе личный характеръ. Сюда принадлежатъ слѣдующіе случаи.

По принципу, поклажа возлагаетъ на поклажепринимателя только отвѣтственность за dolus, а не за culpa; по этому онъ не отвѣчаетъ, когда третье лицо похищаетъ вещь, если даже допустить, что этого не могло случиться безъ culpa съ его стороны (h) Когда отдаютъ одну вещь на храненіе двумъ лицамъ, не обусловливая корреальности, и оба ее растрачиваютъ, то каждый отвѣчаетъ in solidum; но если одинъ уплатилъ, то другой освобождается, такъ какъ понятіе ущерба, т. е. мотивъ удовлетворенія, исчезаетъ; если же вещь растра-

(g) Одинъ изъ указовъ полицейскаго характера, совершенно положительный, стоящій особнякомъ, установилъ солидарное обязательство многихъ работорговцевъ, состоящихъ въ товариществѣ (societas) L. 44 § 1 de aedil. ed. (21. 1).

(h) § 3 J. quib. modis re (3. 14).

чена однимъ, то послѣдній только и отвѣчаетъ. Слѣдовательно, если по ошибкѣ искъ предъявляется къ другому, который справедливо будетъ оправданъ судьею, то это обстоятельство не избавляетъ отъ иска растратившаго (i). Здѣсь, очевидно, прилагаются тѣже принципы, которые мы изложили выше при односторонних уголовныхъ искахъ. Если бы въ этомъ случаѣ существовало корреальное обязательство, то предъявленіе договорнаго иска противъ невиновнаго погасило бы обязательство и по отношенію къ виновному. Съ другой стороны правило, что противъ всякаго изъ виновныхъ можетъ быть предъявленъ искъ не только въ половинной долѣ, но въ полномъ составѣ, основывается на томъ же мотивѣ, какъ и при одностороннемъ уголовномъ искѣ противъ двухъ виновныхъ въ одномъ и томъ же деликтѣ. Хотя здѣсь предъявляется не искъ изъ деликта, а искъ изъ контракта, тѣмъ не менѣе предметъ договора составляетъ не родъ иска предъявляемаго кредиторомъ, но нарушеніе права по поводу контракта,—нарушеніе, имѣющее въ этомъ случаѣ вполнѣ характеръ деликта и именно деликта долознаго. (k).

Нѣсколько инымъ, но основаннымъ на аналогическихъ принципахъ представляется обязательство многихъ нанимателей или ссудопринимателей, берущихъ вещь для общаго пользованія, но не обязывающихся корреально,—напр. дорожную карету для общаго путешествія. Въ случаѣ растраты этой вещи съ общаго согласія, положеніе должниковъ конечно будетъ тоже, что и въ разсмотрѣнномъ нами случаѣ поклажи. Но отъ наемщиковъ и ссудопринимателей требуется еще diligentia, важное послѣдствіе которой есть обязанность вознаградить за утра-

---

(i) L. 1. § 43. depositi (16. 3). Здѣсь прямо указывается на exemplum duorum tutorum.

(k) Также рѣшается въ особенности и тотъ случай, когда искъ предъявляется противъ многихъ наслѣдниковъ первоначальнаго поклажепринимателя. Dolus покойнаго обязываетъ каждаго соразмѣрно наслѣдственной части. Если каждый изъ нихъ въ своихъ интересахъ растратилъ часть поклажи (безъ сообщества другихъ), то и отвѣчаетъ за эту часть. Вслучаѣ растраты сообща они отвѣчаютъ in solidum, точно также какъ и два первоначальные поклажепринимателя. (Прим. i). L. q L. 22 depos (16. 3).

ту украденной вещи; и по общему правилу каждый изъ должниковъ мотетъ посредствомъ этой diligentia предотвратить кражу. — Предполагая, что въ этомъ случаѣ, вещь похищена третьимъ лицомъ, каждый обязывается къ отвѣтственности in solidum, на томъ основаніи, что каждый подлежитъ упреку въ допущеніи всего ущерба, вслѣдствіе неисполненія возложенной на него diligentia, которая отъ каждаго требуется не въ половину, а въ цѣлости.—За то каждый изъ нихъ имѣетъ actio furti противъ похитителя (k^1).

С. Приведенными случаями объясняется слѣдующее очень важное юридическое отношеніе. Когда многіе соопекуны отправляютъ обязанности сообща, то по правилу всякій изъ нихъ отвѣчаетъ предъ пупилломъ въ своей части; но обстоятельства могутъ установить между ними солидарное отношеніе даже вслѣдствіе вредныхъ дѣйствій одного изъ соопекуновъ, такъ какъ другой былъ обязанъ и могъ надлежащею бдительностью предотвратить ущербъ,—точно также какъ въ вышеприведенномъ случаѣ всякій изъ нанимателей кареты могъ предотвратить похищеніе. Слѣдовательно, къ каждому изъ соопекуновъ можетъ быть предъявленъ искъ въ полномъ составѣ, и платежъ его освобождаетъ прочихъ соопекуновъ (l).

Солидарная отвѣтственность соопекуновъ наступаетъ разумѣется и въ случаѣ, когда претензія пупилла основывается на общей недобросовѣстности опекуновъ,—но здѣсь возбуждается еще особенное сомнѣніе.—По XII таблицамъ, для этого случая существовалъ спеціальный искъ—de rationibus distrahendis, имѣвшій цѣлью двойную стоимость растраченнаго.—Повидимому, это былъ двусторонній уголовный искъ, при которомъ платежъ одного въ силу изложенныхъ принциповъ не долженъ былъ освобождать другихъ соопекуновъ (Прим. e). Тѣмъ не менѣе здѣсь должно было имѣть мѣсто освобожденіе, которое объясняется тѣмъ, что при этомъ искѣ двойная стои-

---

(k^1) L. 5 § 15, L. 6, L. 7 pr. comm. (13. 6).

(l) О солидарной отвѣтственности опекуновъ вообще, которая можетъ быть удовлетворительно изслѣдована только въ ученіи объ искѣ, срав. Ribbentrop. § 9. 10 и Rudorff. Vormundschaft § 161 Actio pro socio не можетъ здѣсь имѣть мѣста, такъ какъ соопекунскія отношенія вообще не основаны на договорѣ.

мость понималась не въ смыслѣ чистаго наказанія, а скорѣе, въ смыслѣ высшаго интереса actio tutelae, оцѣненнаго произвольно ради интересовъ обманутаго пупилла. Значитъ, это была тоже actio tutelae, только соединеная съ двойной condemnatio, предоставляемой на произволъ истца (m).

Сравнивая изложенные случаи (поклажу, наемъ, ссуду, и опеку) съ односторонними уголовными исками, мы находимъ въ нихъ совершенно одинаковыя послѣдствія. И здѣсь вѣритель можетъ требовать отъ каждаго должника полнаго удовлетворенія; и здѣсь платежъ одного освобождаетъ прочихъ должниковъ; и здѣсь, наконецъ, всѣ другіе способы погашенія обязательства производятъ общее и рѣшительное вліяніе на столько, на сколько они истинные суррогаты платежа.

Съ изложенными нами контрактными отношеніями очень часто сближаютъ другія, совершенно отличныя отъ нихъ, имѣющія еще меньше ихъ сходства съ истинными корреальными отношеніями.—Таково отношеніе довѣрителя, поручающаго другому дать взаймы денегъ третьему лицу и становящагося вслѣдствіе этого въ положеніе аналогичное съ поручителемъ. Главныя правила этого отношенія слѣдующія. Когда главный должникъ уплачиваетъ, довѣритель освобождается, такъ какъ ущерба больше несуществуетъ (n). Многіе независимые другъ отъ друга довѣрители отвѣтствуютъ in solidum; платежъ одного освобождаетъ другихъ по изложеннымъ выше основаніямъ; напротивъ когда искъ предъявляется къ одному изъ довѣрителей, и онъ даже оправдывается (o), прочіе не освобождаются. Платежъ одного довѣрителя не освобождаетъ главнаго должника, такъ какъ между ними не существуетъ никакого юридическаго отношенія (p). И такъ ясно, что этотъ случай представляетъ весьма отдаленную аналогію съ корреальнымъ отношеніемъ.

(m) L. 1 § 21, 22, L. 2 § 1, L. 15 de tutelae (27. 3), L. 55 § 1 de admin. (26. 7).

(n) L. 27 § 5 mand (17. 1), L. 13, L. 71 pr. de fidej. (46. 1). Срав. объ этомъ случаѣ Ribbentrop. § 12.

(o) L. 52 § 3 de fidej. (46. 1).

(p) L. 28 mand. (17. 1), L. 13 de fidej. (46. 1), L. 95 § 10 de sol. (46. 3).

§ 21.

III. Лица въ обязательствѣ. B. Корреальное обязательство. Случаи ненастоящей корреальности. (Продолженіе)

Д. Такъ называемыя actiones adjectitiae qualitatis (a).

Послѣдній классъ случаевъ ненастоящей корреальности обнимаетъ собою разрядъ исковъ, которые могутъ быть предъявлены противъ другаго лица, какъ настоящаго должника, независимо отъ обыкновеннаго иска, возникающаго изъ обязательства. Два изъ этихъ исковъ принадлежатъ къ сферѣ такихъ торговыхъ отношеній, гдѣ должникъ ведетъ чужія дѣла; другіе же предполагаютъ зависимость должника отъ семейной власти отца или хозяина. Вотъ эти иски:

Actio exercitoria и institoria.
Actio de peculio, de in rem verso, quod jussu, tributoria.

Когда судохозяинъ (exercitor) самъ не ведетъ операцію оснащенія корабля, а поручаетъ ее представителю (magister, капитанъ), который и вступаетъ по этому поводу въ сдѣлки, не выходящія изъ предѣловъ его полномочія, то этотъ послѣдній и будетъ прямымъ и истиннымъ должникомъ, но въ силу этихъ сдѣлокъ и судохозяинъ самъ обязанъ отвѣчать въ качествѣ должника по иску, который называется exercitoria actio. Слѣдовательно кредиторъ имѣетъ право выбора между двумя исками противъ разныхъ лицъ по тому же предмету (b). Въ этомъ именно и заключается несомнѣнная аналогія разсматриваемаго юридическаго отношенія съ корреальнымъ обязательствомъ и аналогія эта становится еще болѣе очевидной, когда многіе хозяева одного корабля поручаютъ управленіе

(a) Основательно изслѣдуетъ эти случаи Keller: Litiscontestatio § 49. 50. 51.

(b) L. 1 § 17. 24, L. 5 § 1 de exerc. (14. 1). Въ послѣднемъ изъ этихъ мѣстъ юридическое отношеніе выражено такъ „hoc enim edicto non transfertur actio, sed adjicitur."

одному magister'y: тогда exercitoria actio можетъ быть предъявлена in solidum противъ каждаго хозяина порознь (c).

Точно такое же юридическое отношеніе представляется и въ томъ случаѣ, если предприниматель какой либо промышленной операціи (торговля, фабрика, земледѣліе и т. п.) поручаетъ ее управляющему (institor), который заключаетъ сдѣлки въ предѣлахъ полномочія. Кредитору принадлежитъ право выбора: обратиться съ обыкновеннымъ договорнымъ искомъ къ institor'y или къ самому предпринимателю съ такимъ же искомъ подъ именемъ institoria actio. (d). Если же операція начата многими предпринимателями, избравшими сообща institor' a, то каждый изъ нихъ обязанъ отвѣчать по иску in solidum. (e).

Далѣе. Если договоръ заключаетъ рабъ или сынъ, состоящіе подъ властью, то прямымъ должникомъ является онъ самъ, а если ему былъ прежде довѣренъ пекулій, то искъ по договору можетъ быть предъявленъ къ домовладыкѣ съ прибавкою: de peculio, такъ что кредиторъ имѣетъ, такъ сказать, двухъ должниковъ, и можетъ къ одному изъ нихъ предъявить искъ по своему выбору. (f). Аналогическое послѣдствіе мы видимъ и въ искѣ de in rem verso, quod jussu, tributoria.

Положеніе, по которому кредиторъ въ подобныхъ случаяхъ долженъ прежде всего преслѣдовать прямаго должника слѣдуетъ, по отношенію къ римскому праву, понимать въ связи съ общею ограничительною оговоркою, чтобы главный должникъ не былъ рабомъ,—обстоятельство, которое могло имѣть мѣсто при всякомъ изъ названныхъ нами исковъ: рабъ вообще не подлежалъ иску и могъ быть должникомъ только въ неисковомъ обязательствѣ .(§ 10 b. g).—Сверхъ того всякій изъ перечисленныхъ исковъ предполагаетъ особенныя условія и ограниченія, которыя будутъ подробно разобраны въ своемъ мѣстѣ; здѣсь же всѣ эти юридическія отношенія разсматриваются только съ той стороны, насколько они представляются (настоя-

---

(c) L. 1 § 25, L. 2, L. 3, L. 4 § 1, L. 5 § 2. de exerc. (14. 1).
(d) L. 1 pr. L. 7 § 1 de instit. (14. 3).
(e) L. 13 § 2 de instit. (14. 3).
(f) L. 44. 45 de peculio (15, 1):

щими или кажущимися) корреальными обязательствами; на этотъ именно вопросъ мы и должны теперь отвѣтить.

Мы уже признали одну аналогію каждаго изъ изложенныхъ отношеній съ корреальнымъ обязательствомъ: кредиторъ имѣетъ предъ собою двухъ лицъ и отъ каждаго изъ нихъ, по своему выбору, можетъ требовать весь долгъ.

Къ этому мы можемъ прибавить еще другую: съ уплатою долга однимъ должникомъ, оба освобождаются. Само собою разумѣется, что главный должникъ можетъ уплатою совершенно погасить долгъ; но, что и другой должникъ имѣетъ на это право—также не подлежитъ сомнѣнію, такъ какъ даже всякое постороннее лицо можетъ погасить долгъ уплатою, произведенною съ этой цѣлью. (g)

Сдѣлаемъ еще шагъ впередъ, и предъ нами откроется аналогія, которой мы не могли найти при предъидущихъ случаяхъ. (§ 20)

Когда одному изъ возможныхъ здѣсь исковъ предшествовала litiscontestatio, то оба иска прекращались въ силу процессуальнаго погашенія независимо отъ послѣдствій процесса. Причина такого явленія была впрочемъ чисто случайная. Она заключалась просто въ томъ, что intentio обоихъ исковъ обозначалась одними и тѣми же словами и должна была выражать имена однихъ и тѣхъ же лицъ. (h)

Не смотря однако на эти аналогіи, мы приходимъ къ тому заключенію, что перечисленные иски въ сущности не содержали въ себѣ корреальности:—

Собственно обязательство существовало только для вступившаго въ договоръ (magister, institor, сынъ, владѣвшій пекуліемъ). Наступленіе всякаго изъ исчисленныхъ нами выше способовъ погашенія обязательства (§ 18. 19) прекращало и это обязательство безусловно, исключая всякую дальнѣйшую возможность предъявленія подобнаго иска. Сюда относятся и

(g) L. 23. 53 de sol. (46. 3), L. 39 de neg. gestis (3. 5).

(h) Keller въ указанномъ мѣстѣ. Все это юридическое отношеніе развито имъ особенно наглядно посредствомъ комбинаціи на стр. 429 формулы actio de peculio съ actio de in rem verso въ приложеніи къ одному и тому же случаю.

способы погашенія, основанные на простой волѣ. Такимъ образомъ, если кредиторъ вслѣдствіе акцептиляціи прекратилъ взысканіе долга съ institor'а, то уже не существовало самого долга, который бы могъ быть взысканъ съ самаго хозяина посредствомъ institoria actio; точно также, когда состоялась и новація (i) независимо отъ того повела-ли она къ удовлетворенію кредитора или нѣтъ.—Но не слѣдуетъ этого утверждать въ обратномъ смыслѣ. Акцептиляція кредитора, относящаяся къ предпринимателю, не имѣла бы смысла, такъ какъ послѣдній не былъ собственно должникомъ, а обязанъ былъ только отвѣтствовать по чужому иску; также и новація, совершенная съ предпринимателями, могла освободить institor'а въ томъ только случаѣ, когда она представлялась суррогатомъ уплаты и не представлялась простой формальностью (подобно акцептиляціи).

По всѣмъ этимъ основаніямъ, такъ называемыя actiones adjectitiae qualitatis должны быть, слѣдовательно, причислены къ случаямъ ненастоящей корреальности. Нельзя не согласиться, что это положеніе представляетъ болѣе теоретическій интересъ, нежели практическій; а потому и полемика съ писателями, которые желали бы видѣть здѣсь истинную корреальность, не можетъ дать ничего серьезнаго и полезнаго. Противъ нихъ достаточно замѣтить, что во всѣхъ исчисленныхъ случаяхъ нельзя было бы пріискать ни одного твердаго аргумента для признанія возникновенія корреальности путемъ закона, т. е. помимо воли должника (§ 17. a),—такъ какъ почти во всѣхъ случаяхъ разсмотрѣннаго нами класса обязательству предшествуетъ ясно выраженное согласіе втораго должника. Судохозяинъ и фабрикантъ вслѣдствіе установленія magister'а или institor'а ясно выразили согласіе отвѣтствовать по искамъ, возникшимъ изъ договоровъ послѣднихъ; точно также и отецъ, довѣряющій своему сыну пекулій (actio de peculio и tributoria) или поручающій ему какую либо отдѣльную операцію (quod jussu). Такимъ образомъ сомнительною представляется только развѣ actio de in

---

(i) Это положеніе прямо выражено въ L. 13. § 1 de instit. (14. 3) „Meminisse autem oportebit, institoria dominum ita demum teneri, si non novaverit quis eam obligationem vel ab institore, vel ab alio novandi animo stipulando."

rem verso, но состоя въ спеціальной связи съ общими принципами права,—она не можетъ измѣнить самый принципъ образованія корреальныхъ обязательствъ.

§ 22.

Ш. Лица въ обязательствѣ. В. Корреальное обязат. Практическое значеніе этого юридическаго института.

До сихъ поръ мы разсматривали римскій институтъ корреальнаго обязательства и нѣкоторые родственные съ нимъ институты въ томъ видѣ, какъ они представляются въ источникахъ. Теперь необходимо во первыхъ дополнить это ученіе въ одной изъ важнѣйшихъ и труднѣйшихъ его сторонъ и за тѣмъ изслѣдовать отношеніе къ нему дѣйствующаго права.

Для успѣшнаго достиженія этой двойной цѣли слѣдуетъ бросить взглядъ на главную часть ученія; тогда выяснится истинное практическое значеніе института и можно будетъ въ изложенныхъ положеніяхъ отдѣлить существенныя отъ не существенныхъ.

Окидывая общимъ взглядомъ перечисленныя послѣдствія корреальнаго обязательства (§ 18. 19), мы увидимъ въ нихъ много оригинальнаго и даже загадочнаго. Съ одной стороны замѣчаемъ особенную власть и произволъ кредитора,—съ другой нѣкоторую опасность, возникающую изъ случайныхъ обязательствъ, поражающихъ не только должниковъ, но и кредиторовъ. Изъ многихъ корреальныхъ кредиторовъ одинъ можетъ получить весь долгъ въ свою пользу, а другіе теряютъ свои права; изъ многихъ должниковъ одинъ можетъ быть принужденъ къ уплатѣ всего долга безъ участія другихъ. Возможно также, что вслѣдствіе неосторожнаго предъявленія иска корреальная претензія погибаетъ безусловно по отношенію ко всѣмъ должникамъ. Всѣ эти обстоятельства обращаютъ, по видимому, весь институтъ почти въ игру случая, распредѣляющую выигрышъ и проигрышъ слѣпо, безъ всякаго внутренняго основанія.

Но было бы грубымъ заблужденіемъ смотрѣть на этотъ возможный результатъ какъ на истинную цѣль и практическое примѣненіе института. Всѣ указанныя послѣдствія вытекаютъ просто изъ неизбѣжной юридической логики и чужды истинному смыслу и цѣли послѣдняго. Перспектива опасностей можетъ внушать особенную и совершенную предусмотрительность какъ въ моментъ вступленія въ корреальное обязательство, такъ и во время пользованія правами, вытекающими изъ него. Съ одной стороны взаимное личное довѣріе участвующихъ лицъ, съ другой—извѣстные дополнительные и обезпечивающіе договоры въ состояніи если не вполнѣ предотвратить ихъ, то, покрайней мѣрѣ, уменьшить. Очень легко въ общихъ чертахъ и точно указать на истинное практическое значеніе корреальнаго обязательства сравнительно съ обязательственнымъ отношеніемъ, раздѣленнымъ подольно между многими лицами: оно даетъ кредитору болѣе широкое право при взысканіи своего долга.

Это широчайшее право кредитора проявляется въ пассивномъ корреальномъ обязательствѣ (т. е. въ употребительнѣйшемъ и важнѣйшемъ случаѣ) въ двоякомъ направленіи; во 1-хъ, въ томъ, что изъ многихъ должниковъ онъ можетъ выбрать одного, имущество котораго представляетъ большую гарантію въ исполненіи; во 2-хъ, въ томъ, что онъ можетъ достигнуть своей цѣли однимъ искомъ, т. е. легчайшимъ и удобнѣйшимъ способомъ, тогда какъ, въ противномъ случаѣ, онъ долженъ былъ бы вести множество исковъ противъ различныхъ должниковъ, живущихъ, быть можетъ, вдали одинъ отъ другаго; такимъ образомъ онъ сберегаетъ время, трудъ и деньги. Наконецъ, этотъ особенный способъ взысканія вполнѣ зависитъ отъ кредитора, имѣющаго неограниченное право пользоваться имъ или предпочесть ему взысканіе долга по частямъ, какъ по обязательству совокупно-долевому (§ 18. b).

Тоже должно сказать и объ активномъ корреальномъ обязательствѣ съ тѣмъ только естественнымъ различіемъ, что въ немъ цѣль легчайшаго и удобнѣйшаго преслѣдованія должника—есть исключительная.

Весьма важно принять за непреложный принципъ, что истинное значеніе института корреальнаго обязательства опредѣ-

ляется исключительно указанными двумя цѣлями: гарантіею и удобствомъ осуществленія права (a). Пока обѣ эти цѣли, составляющія исключительную привиллегію кредитора, находятся въ безопасности, можно въ интересахъ справедливости допускать здѣсь нѣкоторыя модификаціи то путемъ соглашеній, то примѣняя болѣе общія нормы права, лишь бы непослѣдовательность не служила въ ущербъ самому существу института. Все сказанное относится къ настоящимъ корреальнымъ обязательствамъ. Хотя отъ нихъ случаи ненастоящей корреальности и отличаются;—тѣмъ не менѣе при установленіи опредѣляющихъ ихъ юридическихъ нормъ служила руководствомъ таже точка зрѣнія. Само собою разумѣется, что принципъ, по которому всякій изъ соучастниковъ общаго преступленія обязывается къ солидарному возмѣщенію убытковъ, вовсе не вытекаетъ изъ убѣжденія, что каждый изъ участниковъ есть на самомъ дѣлѣ единственный виновникъ всего вреда (требовавшаго, быть можетъ, соединенныхъ силъ всѣхъ), но обусловливается именно желаніемъ обезпечить потерпѣвшему вѣрнѣйшій и удобнѣйшій способъ къ возмѣщенію ущерба,—привиллегія, на которую послѣдній имѣетъ несомнѣнное право. Вотъ почему взглядъ нѣкоторыхъ писателей на настоящее и ненастоящее корреальное обязательство, какъ на случаи съ

(a Несомнѣнное указаніе на эти двѣ цѣли корреальнаго обязательства находится въ приведенномъ уже выше (§ 18. b), мѣстѣ изъ Марцелла въ L. 47. Ioc. (19. 2). Это мѣсто говоритъ о корреальномъ обязательствѣ, основанномъ на консензуальномъ контрактѣ,—случай, принадлежавшій, вѣроятно, къ позднѣйшему развитію института и потому по своимъ послѣдствіямъ не вполнѣ сходный съ первоначальными случаями (стипуляція). Но не было сомнѣнія, что и въ этомъ случаѣ кредиторъ долженъ былъ имѣть высшую гарантію, что слѣдовательно за несостоятельнаго платилъ состоятельный содолжникъ. Однако нѣкоторые юрисконсульты, повидимому, не признаютъ за этимъ кредиторомъ права на болѣе удобное взысканіе путемъ одного иска, направленнаго къ должнику, по выбору, коль скоро другіе содолжники также состоятельны. Самъ же Марцеллъ держится другаго мнѣнія и безусловно признаетъ за этими корреальными кредиторами оба преимущества корреальнаго обязательства (гарантію и удобство преслѣдованія), такъ какъ эти преимущества, какъ извѣстно, никогда не оспаривались у первоначальныхъ (стипуляціонныхъ) корреальныхъ кредиторовъ.

практической точки зрѣнія, различные,—представляется намъ неосновательнымъ (b). Для большей наглядности и убѣдительности этого положенія необходимо бросить взглядъ на отношенія дѣйствительной жизни, въ которыхъ обыкновенно проявляется корреальное обязательство. — Это дастъ намъ возможность отвѣтить на вопросъ, который мы поставили выше (§ 16), но съ намѣреніемъ оставили открытымъ: о принципѣ римскаго права, по которому всякое обязательство многихъ вѣрителей и должниковъ слѣдуетъ считать касающимся, по общему правилу, каждаго изъ нихъ только въ извѣстной долѣ, и по исключенію только можетъ относиться къ каждому изъ нихъ безраздѣльно (in solidum), именно когда свободная воля участвующихъ лицъ установляетъ такое спеціальное отношеніе. Изслѣдованіе покажетъ намъ: основывается-ли выставляемое коренное отношеніе правила и исключенія на внутреннихъ принципахъ и слѣдовательно можетъ-ли оно требовать своего признанія въ неизмѣнномъ видѣ и въ дѣйствующемъ правѣ?

Когда собственникъ участка земли отдаетъ его въ аренду двумъ лицамъ за тысячу руб. въ годъ, то онъ представляетъ каждому изъ нихъ половину преимуществъ, которыя могутъ быть извлечены изъ пользованія землею. Естественный эквивалентъ этого преимущества тотъ, что каждый изъ арендаторовъ платитъ ему 500 руб., такъ какъ каждый изъ нихъ получаетъ эту именно сумму чрезъ посредство собственника.

Совершенно тоже самое и при продажѣ участка земли двумъ лицамъ за десять тысячъ руб.; каждый изъ покупателей получаетъ цѣнность въ пять тысячъ и долженъ уплатить эту сумму въ видѣ естественнаго эквивалента за полученную имъ выгоду.—Вотъ еще вполнѣ тождественный случай: нѣкто отдаетъ взаймы двумъ лицамъ сто руб.; каждый изъ должниковъ получаетъ въ дѣйствительности цѣнность въ 50 руб., и обязанность, возникающая изъ полученія этой суммы, состоитъ

(b) Это замѣчаніе не умаляетъ ни точности, ни значенія признаваемаго и мною различія между настоящимъ и ненастоящимъ корреальнымъ обязательствомъ. Оно должно служить только предостереженіемъ противъ преувеличенія послѣдствій этого различія, которое мы находимъ, напр., у Шрётера стр. 431—433.

въ томъ, что каждый изъ нихъ долженъ будетъ впослѣдствіи заплатить 50 руб.

Чѣмъ объяснить установленіе корреальности во всѣхъ этихъ случаяхъ? Конечно не соображеніемъ, что будто каждый изъ должниковъ будетъ пользоваться цѣнностью большею, нежели мы указали, — а тѣмъ, что кредиторъ, въ видахъ гарантіи и удобства, находитъ для себя выгоднымъ замѣнить естественное обыкновенное обязательство искусственною оговоркою, на которую согласны и должники. Таково истинное практическое значеніе института. Все остальное въ немъ есть только юридическая послѣдовательность, а не прямая его цѣль. Рискъ и убытки, сопряженные съ такимъ отношеніемъ, кредиторъ принимаетъ на свой страхъ потому, что только этимъ онъ достигаетъ указанныхъ выгодъ; должники соглашаются на нихъ потому, что кредиторъ желаетъ вступить съ ними въ договоры аренды, купли или займа не иначе, какъ подъ этимъ условіемъ.

Этотъ обзоръ служитъ полнѣйшимъ подтвержденіемъ кореннаго отношенія въ римскомъ правѣ правила къ исключенію. Такимъ образомъ корреальность не можетъ быть разсматриваема, какъ нѣчто несправедливое и исключительное;—упрекъ такого рода вполнѣ устраняется соображеніемъ, что стороны вступаютъ въ корреальное отношеніе добровольно. Вмѣстѣ съ тѣмъ необходимо признать, что корреальность не установляетъ обыкновеннаго юридическаго отношенія и никогда не подразумѣвается сама собою, но можетъ быть обусловлена спеціальною волею лицъ, вступающихъ въ обязательство, въ смыслѣ искусственной оговорки.

Для полноты обзора необходимо сдѣлать еще слѣдующее замѣчаніе. Въ указанныхъ нами случаяхъ можетъ имѣть мѣсто товарищество должниковъ, когда, напр., арендаторы или покупщики желаютъ пользоваться выгодами и обработывать участокъ земли сообща, или когда должники употребляютъ занятую ими сумму въ 100 руб. на общее предпріятіе. Это побочное обстоятельство чуждо корреальному отношенію, безразлично для кредитора, и можетъ быть даже неизвѣстно ему. Возможно представить себѣ еще комбинацію такого рода, что участокъ земли раздѣленъ на части и обработывается каждымъ арендаторомъ особо на его собственный счетъ, или что онъ пріі-

обрѣтенъ каждымъ покупателемъ пополамъ въ видѣ исключительной собственности; или наконецъ, что каждый изъ должниковъ по займу получаетъ и употребляетъ для своихъ особенныхъ цѣлей 50 руб. Во всѣхъ этихъ случаяхъ каждый должникъ имѣетъ въ общемъ долгѣ свой собственный частичный интересъ и вступаетъ въ тягостное для него солидарное отношеніе по долгу только потому, что этого требовалъ кредиторъ. Внимательное разсмотрѣніе показываетъ, что сущность дѣла представляется здѣсь, какъ будто каждый должникъ обязался одной половиною долга и сверхъ того принялъ на себя поручительство за своего сотоварища въ другой половинѣ. Но это отношеніе мы не можемъ назвать ни поручительствомъ, ни примѣнять къ нему спеціальныя юридическія нормы fidejussio, такъ какъ для нихъ требовалась совершенно иная юридическая форма (именно болѣе благопріятная для кредитора) (c). Однако цѣль содолжниковъ и ихъ взаимныя отношенія могутъ быть на самомъ дѣлѣ объяснены только такимъ образомъ.— Слѣдовательно какъ обыкновенный поручитель состоитъ къ главному должнику въ отношеніи довѣренности и при этомъ предполагается, что главный должникъ знаетъ о поручительствѣ и не противорѣчитъ, хотя и не выражаетъ своей воли ясно и положительно (d),—точно также каждый изъ двухъ арендаторовъ уполномочиваетъ другого на солидарное обязательство, такъ какъ только подъ этимъ условіемъ могъ состояться арендный договоръ.

Теперь сдѣлаемъ еще шагъ впередъ и предположимъ, что одинъ изъ двухъ корреальныхъ должниковъ не имѣетъ никакого особеннаго интереса въ сдѣлкѣ и на самомъ дѣлѣ ста-

---

(c) Римляне имѣли три вполнѣ опредѣленныя формы поручительства; но не пользовались только ими исключительно (Gajus III. § 116). У насъ заключеніе договора такого рода, безъ употребленія выраженій поручитель, поручительство, сопряжено съ затрудненіями. Сущность дѣла въ томъ, что изъ самаго договора должно быть видно акцессорное обязательство, т. е. намѣреніе поручителя гарантировать постороннюю для него сдѣлку. Этого то и не видно изъ договора, о которомъ говорится въ текстѣ.

(d) L. 6 § 2 mand. (38. 5), L. 1 § 19 si quid in fraud. (38. 15).

повится корреальнымъ должникомъ только повидимому и единственно съ цѣлью установить поручительство. Напр. А. беретъ взаймы сто руб., а В. (не получая никакой доли изъ этой суммы) вступаетъ въ договоръ въ формѣ обыкновеннаго корреальнаго обязательства. Впрочемъ я не думаю, чтобы Римляне, при ихъ строгомъ уваженіи къ формамъ, прибѣгали къ пріемамъ такого рода; они воспользовались бы въ этомъ случаѣ простою fidejussio; по крайней мѣрѣ я не знаю ни одного мѣста, гдѣ бы упоминалось о такомъ пріемѣ. (e) — По этому мы имѣемъ право признать, что при пассивной корреальности должникъ всегда имѣлъ хотя бы частичный интересъ въ общей юридической сдѣлкѣ. (f).

Подобное же и даже болѣе простое разсмотрѣніе выяснитъ намъ значеніе активной корреальности въ дѣйствительной жизни. Когда два общихъ собственника какого-либо недвижимаго имѣнія отдаютъ его въ аренду или продаютъ третьему лицу, то послѣднее становится, безъ сомнѣнія, должникомъ каждаго собственника только въ части, именно, пропорціонально той долѣ имѣнія, какую предоставилъ должнику каждый изъ кредиторовъ. Точно также, когда двое сообща отдаютъ взаймы извѣстную сумму денегъ третьему лицу. При этомъ, въ видѣ исключенія, возможна оговорка, что право, вытекающее изъ договора, можетъ быть отыскиваемо каждымъ кредиторомъ солидарно. Мотивомъ къ такой оговоркѣ можетъ послужить, напримѣръ, частая и поочередная отлучка каждаго изъ кредиторовъ по своимъ дѣламъ; въ этомъ случаѣ присутствующій находитъ въ корреальномъ отношеніи легкій и вѣрный спо-

---

(e) Единственное мѣсто, которое можно было бы еще привести въ доказательство этой мысли находится въ L. 18 ad Sc. Vell. (16. 1). Но оно должно быть отнесено скорѣе къ expromissio—случаю совершенно отличному отъ приведеннаго въ текстѣ, такъ какъ expromissio сама есть истинная intercessio, а потому также подпала подъ запрещеніе Sc. Vellejanum. Срав. L. 19 de nov. (46. 2).

(f) Слѣдовательно нельзя одобрить взглядъ многихъ писателей, считающихъ этотъ случай спеціальнымъ и имѣющимъ особыя послѣдствія; напротивъ, на него надо смотрѣть какъ на общій случай.—Перваго взгляда держится напр. Schröter въ Linde's Zeitschrift т. 6 стр. 427.

собъ заботиться о правахъ отсутствующаго.—Далѣе; такое отношеніе совмѣстно и съ товариществомъ и безъ него. Два капиталиста вкладываютъ свои капиталы въ общую кассу, съ цѣлью отдавать ихъ подъ проценты, подобно товарищамъ. Но они могутъ также, и помимо товарищескихъ отношеній, соединить свои деньги въ одинъ капиталъ для отдачи его взаймы третьему лицу и установить, согласно указанному выше мотиву, активную корреальность. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ существованіе между ними взаимнаго договора довѣренности представляется еще болѣе очевиднымъ, нежели въ случаѣ пассивной корреальности, о которой мы говорили выше.

---

§ 23.

III. Лица въ обязательствѣ. B. Корреальный долгъ. Регрессъ. (Послѣдующій расчетъ).

Литература.

Glossa Accursii in L. 2 C. de duob. reis (8. 40).

W. Sell въ „Linde's Zeitschrift“ т. 3 стр. 370—422 и т. 4 стр. 17—36 (1830—1831).

— — Versuche. т. 1. № 1. стр. 116.

Von-Sehröter въ „Linde's Zeitschrift“ т. 6 стр. 409—466 (1833).

Habicht.—rechtliche Erörterungen. Zerbst 1843 стр. 1—17.

Vangerow стр. 76—80, гдѣ указано много другихъ сочиненій.

Общій обзоръ, представленный нами въ § 22, долженъ служить базисомъ для отвѣта еще на одинъ спеціальный вопросъ, важнѣйшій въ всемъ ученіи и всегда принадлежавшій къ числу самыхъ спорныхъ: это вопросъ о послѣдующемъ уравнительномъ расчетѣ между сторонами, участвующими въ договорѣ, или вопросъ о регрессѣ. Смыслъ его равномѣрно относится къ активной и пассивной корреальности. Именно, когда одинъ изъ многихъ корреальныхъ кредиторовъ получилъ уплату цѣ-

лаго долга (чѣмъ достигнута цѣль обязательства), то обязанъли онъ раздѣлить ее съ своими сокредиторами? Точно также, когда одинъ изъ многихъ корреальныхъ должниковъ уплачиваетъ весь долгъ и тѣмъ самымъ прекращаетъ обязательство, то можетъ ли онъ требовать отъ другихъ содолжниковъ уплаты соотвѣтственной части?

Уже у римскихъ юристовъ, по поводу этого вопроса, существовали различныя мнѣнія. Взгляды глоссаторовъ расходились еще болѣе и такимъ образомъ споръ этотъ не только продолжался до новѣйшаго времени, но и предѣлы его еще расширились.

Я начну съ изложенія самыхъ крайнихъ пунктовъ противуположныхъ мнѣній и ихъ основныхъ принциповъ. Съ одной стороны, отрицаютъ всякое право на послѣдующій расчетъ (регрессъ); съ другой-его признаютъ; но оба мнѣнія сходятся въ томъ, что допускаютъ въ частныхъ случаяхъ многія исключенія изъ общаго правила.

Самое общее основаніе перваго (отрицательнаго) мнѣнія состоитъ въ томъ, что абстрактная природа корреальнаго обязательства сама по себѣ не ведетъ къ уравнительному расчету, который по этому чуждъ существу самаго обязательства. Съ этимъ положеніемъ можно согласиться, но, строго говоря, по смыслу своему оно содержитъ въ себѣ не отрицаніе регресса, а скорѣе выставляетъ на видъ отсутствіе основанія для допущенія регресса.—Различіе между этими двумя идеями состоитъ въ томъ, что если бы было возможно найти основаніе для допущенія регресса при корреальномъ обязательствѣ, независимое отъ самаго обязательства, то въ этомъ регрессѣ не представлялось бы противорѣчія съ корреальнымъ отношеніемъ, ни опасности для его существа. Отсюда слѣдуетъ, далѣе, что частные случаи регресса, приводимые защитниками этого мнѣнія, не могутъ быть разсматриваемы, какъ истинныя исключенія изъ строгаго правила, (а), а только какъ независимыя юридическія отношенія, существующія рядомъ съ корреальностью и независимо отъ нея.

(а) Такъ ихъ понимаютъ Schröter стр. 433. 434, и Habicht стр. 24.

Самое общее основаніе втораго (утвердительнаго мнѣнія) лежитъ въ коренномъ отношеніи между правиломъ и исключеніемъ, о которомъ мы говорили выше, по поводу обязательства, относящагося ко многимъ лицамъ (§ 16, 22). Естественнымъ правиломъ является обязательство совокупнодолевое и исключеніемъ, зависящимъ отъ произвола сторонъ,— обязательство солидарное. Хотя обязательство втораго рода нельзя назвать ненормальнымъ и неправомѣрнымъ, такъ какъ оно основано на согласіи сторонъ (§ 22), но оно всегда отличается характеромъ неестественности, а потому весьма желательно возстановить естественное правило совокупно-долеваго обязательства по отношенію къ его послѣдствіямъ на сколько это возможно безъ всякаго ущерба для существа корреальнаго отношенія. Это именно и приводитъ насъ къ допущенію регресса или послѣдующаго уравнительнаго расчета, конечнымъ результатомъ котораго являются тѣ же послѣдствія, какъ и при совокупно долевомъ обязательствѣ, и въ тотъ именно моментъ, когда корреальное обязательство совершенно исполнило свое спеціальное назначеніе. Такимъ образомъ регрессъ имѣетъ единственною цѣлью — воспрепятствовать корреальному обязательству быть въ концѣ концовъ игрою случая, что было бы совершенно противно его истинному существу (§ 22).—Эту мысль можно выразить еще такъ: регрессъ долженъ препятствовать безъосновательному обогащенію одного на счетъ другаго;—правило это буквально провозглашалось въ нашихъ источникахъ (b).

Признавая истину, поддерживаемую вторымъ мнѣніемъ (допускающимъ регрессъ), намъ необходимо вмѣстѣ съ тѣмъ ограничить ее надлежащими предѣлами — обстоятельство, которое часто забывалось новѣйшими писателями. Основанія, выставленныя нами въ пользу регресса, ведутъ именно къ признанію его справедливымъ и желательнымъ. По этому допущеніе регресса представляется не только юридическимъ правиломъ, пригоднымъ для практической жизни, но и задачею,

---

(b) L. 206 de R. J. (50. 17), L. 14 de cond. ind. (12. 6), L. 17 § 4 de inst. act. (14. 3), L. 6 § 2 de j. dot. (23. 3), C. 48 de R. J. in VI. (5. 13).—Срав. выше § 5. h.

удовлетворительное и полное рѣшеніе которой возможно только путемъ послѣдовательнаго приложенія другихъ самостоятельныхъ юридическихъ правилъ.

Таково и общее впечатлѣніе, производимое указаніями нашихъ источниковъ относительно регресса. Вопросъ этотъ нигдѣ не разсматривается въ нихъ подробно, а только упоминается по поводу извѣстныхъ юридическихъ отношеній; но уже въ неопредѣленныхъ и нѣсколько противорѣчивыхъ воззрѣніяхъ древнихъ юристовъ нельзя не замѣтить точку зрѣнія, изложенную нами. Они ставятъ себѣ задачею—отыскать юридическое основаніе для регресса и стремятся къ этой цѣли различными путями.—Что касается собственно приведеннаго нами юридическаго правила, запрещающаго обогащеніе на чужой счетъ (прим. b), то оно представляется въ указанныхъ мѣстахъ какъ jure naturae aequum. Выраженіе это уже заставляетъ насъ смотрѣть на указанное правило, какъ на отвлеченный принципъ, изъ котораго многіе важные юридическіе институты заимствуютъ свое существованіе и особенную цѣль (c), а не какъ на практическое юридическое правило, имѣющее въ виду непосредственное и безусловное приложеніе. Пониманіе его въ послѣднемъ смыслѣ необходимо привело-бы къ ложнымъ выводамъ (d) и нѣкоторые изъ новѣйшихъ писателей, стараясь вывести рѣшеніе вопроса о регрессѣ непосредственно изъ приведеннаго юридическаго правила (e), впали въ этомъ отношеніи въ заблужденіе.

(c) Такъ, напримѣръ, большая часть ученія объ условіяхъ должна быть сведена къ этому коренному принципу. Въ другихъ случаяхъ изъ него выводится только простая naturalis obligatio.

(d) При всякомъ дарѣ одинъ обогащается на счетъ другаго; точно также бываетъ и при всякой продажѣ, когда цѣна ея выше или ниже дѣйствительной стоимости вещи. Для огражденія этихъ и многихъ другихъ случаевъ отъ нападокъ, съ точки зрѣнія вышеприведеннаго правила, необходимо ограничить и преобразовать самое правило такимъ образомъ, чтобы оно совершенно измѣнило свой характеръ. Такъ, напримѣръ, слѣдовало бы прежде всего исключить отсюда случай соглашенія сторонъ, вслѣдствіе чего правило стало бы неприложимымъ по крайней мѣрѣ къ корреальному обязательству.

(e) Въ болѣе широкихъ размѣрахъ сдѣлалъ это Sell. стр. 375 до 377 (въ связи съ: Versuche т. 1. стр. 116)—въ предѣлахъ болѣе узкихъ—Schröter. стр. 421. 427. и Vangerow стр. 79.

Наша истинная задача состоитъ скорѣе въ открытіи, съ точки зрѣнія римскаго права, опредѣленнаго и самостоятельнаго исковаго права, которымъ охранялась претензія на регрессъ, а это возможно только путемъ послѣдовательнаго разсмотрѣнія тѣхъ юридическихъ институтовъ, которые, будучи чужды корреальному обязательству, связываются съ нимъ внѣшнимъ образомъ. (§ 16) (f). Во главѣ каждаго изъ нихъ долженъ быть поставленъ искъ, который, смотря по институту, можетъ быть употребленъ для осуществленія права на регрессъ. — Впрочемъ, предпринимаемое предварительное изслѣдованіе ограничится вообще случаями пассивной корреальности, какъ важнѣйшими, труднѣйшими и вмѣстѣ съ тѣмъ самыми спорными; регрессъ при активной корреальности составитъ самостоятельный предметъ дальнѣйшаго изслѣдованія. (§ 24)

---

1. Actio pro socio.

Когда нѣсколько лицъ состоятъ въ отношеніи товарищества и заключаютъ въ этомъ качествѣ корреальное обязательство, и если одинъ изъ нихъ платитъ весь долгъ, то онъ можетъ путемъ actio pro socio требовать отъ остальныхъ товарищей возвращенія платежа по соразмѣрности ихъ частей. Будетъ совершенно тоже, когда эти лица, въ силу товарищества, вступаютъ въ отношеніе активной корреальности, и когда одно изъ нихъ получаетъ уплату всего долга; въ силу того же иска онъ понуждается къ взносу въ товарищескую кассу всѣхъ полученныхъ денегъ или (что тоже самое) къ раздѣленію ихъ съ остальными товарищами. Этотъ случай регресса никѣмъ неоспаривается, и даже самые строгіе защитники отрицательнаго мнѣнія видятъ въ немъ единственное исключеніе изъ признаваемаго ими правила. Въ самомъ дѣлѣ, регрессъ здѣсь не можетъ быть оспоренъ потому, что онъ несомнѣнно вытекаетъ

(f) Всѣ эти юридическіе институты болѣе или менѣе затрогиваются уже въ нашихъ источникахъ и у глоссаторовъ вездѣ, гдѣ возбуждался вопросъ о регрессѣ.—Это тѣ случаи, которые у новѣйшихъ писателей обыкновенно называются исключеніями изъ общаго правила (прим. а).

изъ самыхъ общихъ принциповъ товарищества, и мы должны были бы его признать, если бы даже спеціальный случай его приложенія не былъ упомянутъ въ нашихъ источникахъ права. (f[1])

Это несомнѣнное основаніе регресса есть въ тоже время и самое недостаточное въ томъ смыслѣ, что оно зависитъ отъ совершенно случайнаго существованія товарищества, неимѣющаго съ корреальнымъ отношеніемъ ни дѣйствительной, ни даже предполагаемой юридической связи. (§ 16)

Уже другіе юристы замѣтили весьма справедливо, что случай регресса не можетъ быть строго ограниченъ товариществомъ, т. е. юридическою совокупностью лицъ, основанною на договорѣ. Когда два лица становятся общими собственниками долга вслѣдствіе легата (слѣдовательно не по договору) и для поправки этого общаго долга дѣлаютъ корреальный долгъ, который впослѣдствіи уплачиваетъ одинъ изъ нихъ, то послѣднему принадлежитъ регрессъ путемъ actio communi dividundo, точно также, какъ въ дѣйствительномъ товариществѣ путемъ actio pro socio. Такое же дѣйствіе можетъ въ подобномъ случаѣ имѣть actio familiae herciscundae. (g)

II. Actio mandati.

Примѣнимость этого иска къ регрессу обсуждалась неоднократно еще со временъ глоссаторовъ. Обыкновенно предполагали, что между корреальными должниками существуетъ отношеніе взаимнаго поручительства и при такомъ условіи для примѣненія сказаннаго иска не представлялось бы ни какихъ сомнѣній (§ 22, d).—Но такое отношеніе возможно въ двоякой формѣ.

Во 1-хъ можетъ быть такой случай, гдѣ два корреальныхъ должника, независимо отъ существующаго корреальнаго обязательства, принимаютъ еще на себя взаимное и формальное поручительство, такъ что каждый изъ нихъ заключаетъ съ кре-

---

(f[1]) О косвенномъ, но несомнѣнномъ примѣненіи регресса путемъ actio pro socio упоминается въ L. 62 pr. ad. L. Falcid. (35. 2) и при томъ одинаково какъ при активной, такъ и пассивной корреальности. Срав. ниже § 25.

(g) Schröter стр. 434. Habicht. стр. 24. Срав. ниже § 34. a. b. c.

диторомъ особый договоръ. Подобный случай не только возможенъ самъ по себѣ, но объ немъ даже ясно упоминается въ римскомъ правѣ (h); только съ одной стороны онъ до такой степени запутанъ и рѣдокъ, что уже по этому одному не могъ бы имѣть никакого практическаго значенія; съ другой—значеніе его умалялось еще тѣмъ, что даже, гдѣ онъ дѣйствительно существовалъ, особенныя послѣдствія его зависѣли вполнѣ отъ произвола кредитора. Ибо, когда послѣдній ищетъ съ одного изъ должниковъ весь долгъ, то о поручительствѣ и объ actio mandati, вытекающихъ изъ этого договора, не можетъ быть и рѣчи; actio можетъ возникнуть тогда только, когда кредитору заблагоразсудится искать съ отвѣтчика одну половину долга какъ съ главнаго должника, а другую—какъ съ поручителя, на что онъ едва ли рѣшится.

Во 2-хъ, можно предположить, что простое корреальное обязательство, само въ себѣ заключаетъ обоюдное поручительство,—откуда затѣмъ вытекаетъ для регресса actio mandati. Оставляя въ сторонѣ терминъ поручительство и обращаясь къ самой сущности дѣло, мы увидимъ, что такой взглядъ совершенно вѣренъ, такъ какъ, при несуществованіи товарищества, намѣреніе каждаго изъ двухъ корреальныхъ должниковъ въ большей части случаевъ будетъ состоять въ уполномочіи своего содолжника на заключеніе общаго договора, чтобы послѣдній вообще могъ осуществиться (§. 22. стр. 223). При такихъ обстоятельствахъ для регресса всегда будетъ основаніемъ actio mandati, и съ этой точки зрѣнія можно сказать, что въ большей части случаевъ регрессъ основывается или на actio pro socio, или на actio mandati.

Хотя такое воззрѣніе мнѣ кажется само по себѣ вполнѣ удовлетворительнымъ, тѣмъ не менѣе я долженъ прибавить, что оно не подтверждается нашими источниками права.—Ближайшую этому причину я нахожу въ томъ, что другой путь для обоснованія регресса, о которомъ мы сейчасъ скажемъ, былъ предпочтительнѣе по своей легкости и простотѣ и упо-

---

(h) Именно у Папиніана въ L. 11 pr. de d. r. (45. 2). Срав. объ этомъ ниже § 25.

треблялся чаще. Actio mandati, о которой мы только что говорили, при всей своей основательности съ теоретической стороны, имѣетъ то практическое неудобство, что заставляетъ истца весьма тщательно входить въ индивидуальныя отношенія и въ намѣренія сторонъ, вслѣдствіе чего успѣхъ каждаго процесса становится затруднительнымъ и сомнительнымъ. Но есть еще одна болѣе важная причина къ непринятію actio mandati за основаніе регресса.—Actio mandati пригодна только для корреальныхъ обязательствъ, вытекающихъ изъ договора, а не для тѣхъ, которыя могутъ быть установлены завѣщателемъ между многими своими наслѣдниками; по этому, при всей своей приложимости ко многимъ и важнѣйшимъ случаямъ, она не можетъ имѣть значенія всеобщаго основанія.

III. Actio negotiorum gestorum, которая можетъ быть примѣняема, если не какъ actio directa, то, покрайней мѣрѣ, какъ actio utilis.

Весьма правдоподобное соображеніе, на которомъ основано признаніе такого иска, состоитъ въ слѣдующемъ. Когда корреальный должникъ уплачиваетъ весь долгъ сполна, то онъ тѣмъ самымъ освобождаетъ своего содолжника отъ лежащей на немъ части долга (§ 18); слѣдовательно онъ совершаетъ весьма полезную для него операцію. На этомъ основаніи уплатившій вправѣ требовать отъ содолжника возмѣщенія издержекъ въ силу actio negotiorum gestorum contraria; въ этомъ именно и состоитъ регрессивный искъ. Такой взглядъ былъ разъ высказанъ однимъ изъ древнихъ юристовъ для оправданія регрессивнаго иска опекуна, который, уплативъ весь долгъ, освободилъ отъ платежа своего соопекуна (i); за исключеніемъ этого случая, мы не находимъ въ источникахъ приложенія такого взгляда къ вопросу о регрессѣ. Одинъ изъ новѣйшихъ юристовъ употребилъ большія усилія для его обобщенія (k).

(i) L. 30 de neg. gestis (3. 5) Солидарное обязательство опекуновъ относится къ категоріи не настоящей корреальности. (§ 20).

(k) Sell, въ указанномъ выше мѣстѣ. Онъ принимаетъ этотъ искъ за общій принципъ регресса, допуская только два исключенія: въ случаѣ dolus'a и въ отношеніяхъ двухъ взаимныхъ поручителей другъ къ другу, такъ какъ и то и другое формально противорѣ-

Взглядъ этотъ абсолютно отвергается на томъ основаніи, что существенное условіе negotiorum gestio состоитъ въ заботѣ о ч у ж и х ъ дѣлахъ, тогда какъ корреальный должникъ, уплачивая весь долгъ, исполняетъ только свое собственное обязательство, заботится такимъ образомъ вовсе не о чужомъ, а исключительно о своемъ собственномъ дѣлѣ. (l).—Это возраженіе, съ виду правдоподобное, не можетъ однако почитаться вполнѣ рѣшительнымъ, потому что римскіе юристы говорятъ о negotiorum gestio и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ, допуская извѣстнаго рода оттѣнки въ понятіи термина. Они признаютъ это обязательство со всѣми послѣдствіями также при дѣлахъ, общихъ обѣимъ сторонамъ (m); далѣе и по отношенію къ дѣламъ, веденіе которыхъ принято не добровольно, а въ силу юридической необходимости или, покрайней мѣрѣ, вслѣдствіе предположенія такой необходимости (n).

Считаю излишнимъ пускаться въ болѣе подробное изслѣдованіе доводовъ того и другаго мнѣнія, такъ какъ обѣ спорящія партіи одинаково заслуживаютъ упрека въ невѣрномъ выборѣ исходной точки отправленія. По моему мнѣнію и та и другая партія ошибаются въ томъ, что центръ тяжести всего спора сосредоточиваютъ въ единственномъ актѣ п л а т е ж а, совершаемаго должникомъ отъ своего имени, а не вслѣдствіе веденія чужаго дѣла. Но самый платежъ не можетъ быть здѣсь разсматриваемъ изолированно, такъ какъ онъ только необходимое послѣдствіе предшествующей юридической сдѣлки, составляя съ ней нераздѣльное цѣлое. Если взглянуть (что по нашему мнѣнію правильно и необходимо) на самый первоначальный моментъ этой сдѣлки (возникновенія корреальнаго обязательства), въ которую должникъ, совершающій впослѣдствіи платежъ, могъ добровольно вступать или не

читъ источникамъ римскаго права.—Весьма естественно, что авторъ для подкрѣпленія своего мнѣнія, долженъ былъ всякое мѣсто источниковъ, упоминающее вообще объ actio utilis, толковать въ смыслѣ actio n e g o t i o r u m g e s t o r u m utilis.

(l) Schröter, стр. 418—422;

(m) L. 31 § 7 de neg. g e s t i s (3. 5), L. 6 § 2, L. 19 § 2 c o m m. d i v. (10. 3).

(n) L. 3 § 10 de neg. g e s t i s (3. 5), L. 18 C. eod. (2. 19).

вступать,—то послѣ предложеннаго выше изслѣдованія станетъ очевиднымъ, что онъ вступилъ въ корреальное обязательство отчасти для личнаго, отчасти для чужаго интереса, но тѣсно связаннаго съ своимъ собственнымъ; вслѣдствіе чего мы должны абсолютно отвергнуть возраженіе, состоящее въ томъ, что будто дѣйствіе плательщика относится исключительно къ собственнымъ интересамъ.—Устраненіе послѣдняго возраженія клонится, повидимому, въ пользу защитниковъ negotiorum gestio. Но при болѣе внимательномъ разсмотрѣніи дѣла, оказывается, что наше послѣднее соображеніе клонится не столько въ пользу negotiorum gestio, сколько къ договору довѣренности, такъ какъ сдѣлка, о которой идетъ рѣчь совершается не односторонне (какъ при negotiorum gestio), безъ вѣдома другаго контрагента, но при сознательномъ содѣйствіи всѣхъ участвующихъ въ сдѣлкѣ; слѣдовательно она заключаетъ въ себѣ по меньшей мѣрѣ, предполагаемый договоръ (а часто даже ясно выраженный).—Такимъ образомъ, воззрѣніе, защищающее negotiorum gestio, будучи разложено на свои истинные составные элементы, приводитъ скорѣе къ признанію actionis mandati, т. е. говоритъ въ пользу мнѣнія, подробно изложеннаго нами выше.

IV. Искъ вѣрителя противъ содолжниковъ, перешедшій путемъ цессіи къ уплатившему должнику.

Это самое общее и важнѣйшее основаніе регресса требуетъ подробнаго разсмотрѣнія.

Указанная здѣсь цессія представляется въ трехъ различныхъ формахъ: какъ непринужденный актъ кредитора, основанный на свободномъ опредѣленіи его воли; какъ актъ вынужденный и какъ актъ фиктивный.

А. Добровольная цессія.

Общему кредитору принадлежитъ противъ каждаго корреальнаго должника право иска полной суммы долга (§ 18); искъ этотъ онъ можетъ уступить кому хочетъ; а между прочимъ и тому изъ должниковъ, который (вслѣдствіе процесса или не-

(о) Когда цессія должна была совершиться во время процесса, т. е. вслѣдствіе предъявленнаго иска, то, по древнему праву, было опасно получать ее прежде окончанія litiscontestatio, потому

зависимо отъ него) уплачиваетъ ему долгъ (о).—Это явленіе такъ прямо вытекаетъ изъ общей природы цессіи, что не требуетъ особенныхъ доказательствъ, и наши юристы никогда не сомнѣвались въ возможности и дѣйствительности такой цессіи въ приложеніи къ корреальному обязательству.

Такимъ образомъ въ этомъ институтѣ лежитъ такое же несомнѣнное и безспорное основаніе регресса, какъ и въ товариществѣ. Но и это основаніе, подобно вытекающему изъ товарищества, нельзя назвать рѣшительнымъ и удовлетворительнымъ, такъ какъ примѣненіе того и другаго зависитъ отъ фактовъ чисто-случайныхъ—индивидуальнаго произвола.

В. Вынужденная цессія.

Дѣйствіе регресса вслѣдствіе цессіи получаетъ болѣе твердое основаніе, съ выдѣленіемъ послѣдней изъ сферы произвола вѣрителя и съ сообщеніемъ ей характера необходимаго, вынужденнаго дѣйствія. И въ самомъ дѣлѣ, мы можемъ принять за общее правило, что всякій изъ корреальныхъ должниковъ, отъ котораго требуютъ уплаты всего долга—все равно судебнымъ или внѣсудебнымъ порядкомъ—имѣетъ право неплатить до тѣхъ поръ, пока кредиторъ не цедируетъ ему иска противъ содолжниковъ. Такимъ образомъ цессія получаетъ характеръ вынужденнаго дѣйствія и самый регрессъ, вслѣдствіе цессіи, становится независимымъ отъ слѣпаго произвола кредитора.

Этотъ важный принципъ необходимо предварительно изложить въ связи съ общими юридическими нормами; о признаніи его нашими источниками въ спеціальномъ примѣненіи къ разсматриваемому вопросу мы поговоримъ ниже (§ 24).

Право отвѣтчика на цессію ему иска принадлежащаго истцу противъ третьяго лица проявляется въ самыхъ разнообразныхъ юридическихъ отношеніяхъ; но его необходимо вездѣ свести къ одной и той же юридической точкѣ зрѣнія. Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ положеніе дѣла таково, что отвѣтчикъ, фигурирующій въ процессѣ, въ видѣ эквивалента за присужденное съ него взысканіе долженъ получить къ третьему лицу

что послѣдняя освобождала содолжниковъ.—Въ юстиніановскомъ правѣ нѣтъ рѣчи о такомъ освобожденіи (§ 19).

регрессъ, справедливость котораго не подлежитъ сомнѣнію, но, не имѣющій, быть можетъ, твердаго основанія въ строгомъ правѣ, и не обѣщающій несомнѣннаго успѣха. Создать недостающую здѣсь гарантію и притомъ безъ всякаго ущерба и опасности для самого себя посредствомъ упомянутой цессіи вполнѣ зависитъ отъ кредитора; если же онъ отказывается отъ цессіи, то отказъ его долженъ считаться за dolus и можетъ быть сдѣланъ недѣйствительнымъ посредствомъ doli exceptio (p). Такимъ образомъ, doli exceptio есть всеобщее юридическое средство, служащее отвѣтчику къ вынужденію у своего противника цессіи иска, предполагая конечно, что притязанія отвѣтчика сами по себѣ основательны (q).

Doli exceptio, въ спеціальномъ приложеніи къ разсматриваемому нами случаю, въ смыслѣ юридическаго средства служащаго корреальному должнику, отъ котораго требуютъ уплаты всего долга, орудіемъ къ вынужденію у истца кредитора цессіи его иска противъ содолжниковъ,—подтверждается представленнымъ выше (стр. 158) изслѣдованіемъ вопроса о регрессѣ. Признаніе послѣдняго сводится въ концѣ концовъ къ анализу обыкновенныхъ отношеній многихъ должниковъ, возникающихъ изъ раздѣленія долга.—Слѣдовательно, задача наша состоитъ въ отысканіи такого средства, которое бы съ одной стороны неугрожало опасностью строгому и обширному праву кредитора въ корреальномъ обязательствѣ, и съ дру-

---

(p) L. 1 § 1 de doli exc. (44. 4) „Ideo autem hanc exceptionem Praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit.“

(q) L. 65 de evict. (21. 2) (см. ниже § 24 прим. h[1]). L. 57 de leg. 1. (30 un.) „...poterit fideicommissarius per doli exceptionem a creditoribus, qui hypothecaria secum agerent, consequi, ut actiones sibi exhiberentur, quod quamquam suo tempore non fecerit, tamen per jurisdictionem Praesidis provinciae id ei praestabitur.“—Здѣсь по смыслу предыдущаго мѣста, (прим. p) dolus заключается не въ томъ, что истецъ домогается несправедливаго барыша, но единственно въ томъ, что онъ отказывается поддержать справедливую претензію отвѣтчика къ третьему лицу дѣйствіемъ, не причиняющимъ ему никакого ущерба. Здѣсь представляется злоупотребленіе буквою строгаго права въ ущербъ безспорной справедливости, слѣдовать которой всегда во власти истца безъ всякихъ жертвъ съ своей стороны.

гой предупреждало бы всякое обогащеніе одного изъ содолжниковъ на счетъ другихъ (въ противорѣчіе съ naturalis aequitas). Задача разрѣшается удовлетворительно предоставленіемъ корреальному должнику doli exceptio для принужденія кредитора къ цессіи иска противъ содолжниковъ. Эта цессія ни на іоту не умаляетъ правъ кредитора, такъ какъ онъ полную уплату своего долга получаетъ прямо отъ отвѣтчика, а между тѣмъ даетъ послѣднему средство для осуществленія его справедливаго притязанія на уравнительный разсчетъ съ прочими содолжниками. (r)

Наша попытка оправдать вынужденную цессію, главнымъ образомъ, относилась къ собственно корреальнымъ отношеніямъ. Но на самомъ дѣлѣ она приложима и къ случаямъ ненастоящей корреальности (§ 22. b).

C. Фиктивная цессія.

Для объясненія этой особенно важной части нашего вопроса необходимо бросить взглядъ на характеристическія черты цессіи.

Перенесеніе права иска на новаго пріобрѣтателя совершалось въ древнемъ процессѣ обыкновенно такъ, что первоначальный субъектъ права назначалъ пріобрѣтателя прокураторомъ (procurator) начатаго процесса посредствомъ письменной довѣренности, которая предъявлялась или претору или, покрайней мѣрѣ, судьѣ (s). Самое же перенесеніе права совершалось вполнѣ чрезъ litiscontestatio; ибо въ формулѣ иска intentio содержало въ себѣ имя цедента, а condemnatio—имя цессіонарія (t). Такимъ образомъ цессіонарій дѣйствовалъ

(r) Принужденіе посредствомъ doli exceptio, по видимому, не употреблялось въ этомъ случаѣ по древнему праву, такъ какъ эксцепціи давались въ самой formula, т. е. одновременно съ litiscontestatio, погашавшею иски противъ содолжниковъ (прим. o). Но преторъ, безъ сомнѣнія, предлагалъ свою помощь отвѣтчику въ другой, весьма простой формѣ, о которой мы уже упоминали. Онъ медлилъ присужденіемъ иска до тѣхъ поръ, пока истецъ не рѣшался совершить цесссію, и эта медленность производила совершенно тоже дѣйствіе, какъ и средство doli exceptio.

(s) Gajus Lib. 4 § 84.

(t) Gajus Lib. 4 § 86.

alieno nomine, т. е. фигурировалъ, по отношенію къ отвѣтчику, въ качествѣ обыкновеннаго прокуратора, и для отвѣтчика было безразлично, что, въ сущности, здѣсь цѣлью сторонъ была цессія.—Но между цедентомъ и цессіонаріемъ спеціальное намѣреніе перенесенія права требовало предварительнаго соглашенія, въ силу котораго цессіонарій выступалъ, какъ procurator in rem suam и удерживалъ за собою спорный предметъ, тогда какъ обыкновенный прокураторъ обязанъ былъ возвратить его по принадлежности.—Сообразно этимъ различнымъ фазисамъ сдѣлки и различнымъ точкамъ зрѣнія на нее, цессія называется то mandatum in rem suam, то указывается на litiscontestatio, какъ на необходимое условіе ея совершенія (u); но при всемъ разнообразіи названій, она всегда оставалась одною и тою же сложною юридическою сдѣлкой.

Этотъ процессъ оставался совершенно неизмѣннымъ,—былали цессія результатомъ свободнаго опредѣленія воли въ моментъ ея требованія, или же она составляла необходимое послѣдствіе предшествующей операціи, т. е. вынуждалась, напримѣръ, въ случаѣ упорства кредитора, искомъ или эксцепціею.

Однако при необходимой и вынужденной цессіи осуществленіе упомянутой хлопотливой юридической формы—сложной и нерѣдко поглощавшей значительный періодъ времени, встрѣчало разнообразныя затрудненія. — Прежде всего она во всякомъ случаѣ и во всѣхъ своихъ частяхъ была безполезнымъ трудомъ, излишнею формальностью, вдвойнѣ тягостною для цессіонарія, когда, вслѣдствіе упорства или небрежности противника, дѣло доходило до дѣйствительнаго принужденія путемъ иска или эксцепціи. — Но положеніе цессіонарія было еще хуже, когда, въ промежутокъ времени, между довѣренностью и litiscontestatio, цедентъ умиралъ безъ наслѣдника: въ этомъ случаѣ операція въ описанной нами формѣ, со внесеніемъ имени цедента въ формулу иска, становилась уже невозможною. (v)

Подобныя затрудненія, обнаруженныя, безъ сомнѣнія, опы-

(u) L. 11 § 1 de nov. (46. 2), L. 1 C. de O. et A. (4. 10).
(v) L. 1 C. de O. et A. (4. 10).

томъ, естественно должны были привести къ отысканію формы болѣе удобной для гражданскаго оборота.—И вотъ, вездѣ, гдѣ только цессія представлялась дѣйстительно необходимою, дозволялось лицу, имѣющему на нее право, предъявлять искъ отъ своего имени, помимо указанныхъ окольныхъ путей. Дѣлалось это въ формѣ utilis actio, въ которой цессіонарій дѣйствовалъ не въ качествѣ прокуратора цедента, a suo nomine,—это означало что intentio исковой формулы содержало въ себѣ имя уже не цедента, а цессіонарія. Такое измѣненіе основывалось на взглядѣ,что и цессія, могущая быть вынуждена, должна почитаться какъ бы дѣйствительно-совершившеюся, согласно этому взгляду и вслѣдствіи юридической необходимости всякой цессіи, и была признана фиктивная цессія,—выраженіе точно обрисовывающее сущность дѣла, хотя въ этомъ значеніи и не встрѣчающееся въ нашихъ источникахъ.

Первый случай, въ которомъ упоминается указанная новая и весьма удобная юридическая форма—есть продажа наслѣдства. Здѣсь, собственно говоря, необходимо было-бы цедировать покупщику по одиночкѣ всѣ личные иски покойнаго, и при упорствѣ продавца, его слѣдовало бы особо принуждать посредствомъ actio empti къ цессіи всякаго личнаго иска. Такой безполезный трудъ устранялся признаніемъ за покупщикомъ наслѣдства права искать по всякой претензіи покойнаго, въ силу utilis actio, также безъ дѣйствительной цессіи. Этотъ важный принципъ былъ признанъ рескриптомъ императора Антонина Пія. (w)

Тотъ же принципъ примѣнялся впослѣдствіи къ цѣлому ряду другихъ подобныхъ случаевъ,—а именно къ продажѣ отдѣльной долговой претензіи (x); также при передачѣ претензіи въ видѣ легата или уплаты или въ видѣ приданаго. (y) Вездѣ цессіонарій имѣлъ бы право принудить должника ис-

---

(w) L. 16 pr. de pactis (2. 14), L. 5. C. de her. vend. (4. 39).

(x) L. 7. 8. 9 C. de her. vend. (4. 39). Этотъ принципъ слѣдуетъ относить не только къ личнымъ искамъ, но и къ продаваемымъ actiones in rem L. 9 C. cit.

(y) L. 18 C. de leg. (6. 37).—L. 5. C. quando fiscus (4. 15).—L. 2 C. de O. et A. (4. 10).

комъ совершить дѣйствительную цессію; но если бы онъ даже не имѣлъ права иска, а только эксцепцію для вынужденія цессіи, то и тогда ему принадлежало бы тоже самое преимущество, т. е. онъ могъ бы, безъ дѣйствительной цессіи, suo nomine начать utilis actio. (z)

Таже utilis actio служила достаточнымъ средствомъ, когда цессія, начатая по довѣренности, не совершилась еще вполнѣ чрезъ litiscontestatio. (Прим. v)

Не смотря на примѣненіе этого важнаго правила только къ отдѣльнымъ случаямъ (правда, весьма многочисленнымъ) и на отсутствіе въ источникахъ признанія его въ смыслѣ общаго принципа,—оно тѣмъ не мѣнѣе, въ силу изложенныхъ примѣненій въ юстиніановскомъ правѣ, стало на дѣлѣ настолько рѣшительнымъ, что мы можемъ распространить его и на другіе случаи, кромѣ упомянутыхъ. Это правило подобно многимъ другимъ юридическимъ нормамъ, выработало себѣ прочное основаніе только мало-по-малу, посредствомъ судебной практики и теорій юристовъ. Былъ, слѣдовательно, довольно долгій періодъ неопредѣленности, впродолженіи котораго существовали сомнѣнія и колебанія насчетъ отдѣльныхъ его примѣненій,—такъ что опредѣлить для него точный исходный пунктъ невозможно. Только въ юстиніановскомъ законодательствѣ признается оно установившимся и твердымъ принципомъ, но считать упомянутый выше рескриптъ импер. Пія (Прим. w) законодательнымъ введеніемъ этого общаго юридическаго принципа будетъ неправильно.

Слѣдующія ближайшія соображенія послужатъ предупрежденіемъ многихъ недоразумѣній, неразлучныхъ съ примѣненіемъ разсматриваемаго правила. Прежде всего оно относится къ цессіи юридически необходимой, а не къ предположенной только, неимѣющей передъ собой юридической сдѣлки, во имя которой она могла бы быть вынуждена.

Въ нашихъ источникахъ различіе обоихъ случаевъ (дѣйствительной и фиктивной цессіи) обозначается слѣдующими выраженіями. При дѣйствительной цессіи цессіонарій дѣйствуетъ

(z) L. 57 de leg. 1. (30. un.), срав. выше прим. q.

въ силу mandatis actionibus въ качествѣ in rem suam procurator factus; при фиктивной—suo nomine, въ силу utilis actio. Но и въ послѣднемъ случаѣ онъ ищетъ exemplo creditoris, т. е. съ тѣми же правами и ограниченіями какъ самъ кредиторъ т. е. точно вслѣдствіе дѣйствительной цессіи, что, благодаря выраженію suo nomine, легко можетъ возбудить сомнѣніе. (aa)

Особенно важный вопросъ состоитъ въ томъ, къ какому моменту времени слѣдуетъ относить фиктивную цессію. Нѣкоторые авторы склоняются, повидимому, къ тому мнѣнію, что мысленно ее слѣдуетъ относить къ моменту осуществленія цессіи; откуда необходимо заключить, что сама цессія не должна имѣть мѣста, коль скоро, по какой бы то ни было причинѣ, она становится невозможною въ этотъ именно моментъ. Но подобное мнѣніе лишено всякаго основанія.

Напротивъ, фиктивную цессію слѣдуетъ мысленно относить къ тому моменту, когда возникаетъ юридическая необходимость цессіи, стало быть, къ моменту, въ который могла быть требуема дѣйствительная цессія, чего претендентъ не сдѣлалъ въ надеждѣ на упомянутое юридическое правило. Возникши разъ въ этотъ моментъ цессія не можетъ уже потерять силу въ слѣдствіе послѣдующихъ фактовъ. (bb)

Въ заключеніе нашего изслѣдованія о возможныхъ основаніяхъ регресса посредствомъ различныхъ исковъ, необходимо еще упомянуть объ одномъ общемъ ограниченіи права на регрессъ: солидарный должникъ, обязательство котораго произо-

(aa) Упомянутое здѣсь выраженіе находится въ L. 5 C. quando fiscus (4. 15) и въ L. 8 C. de her. vend. (4. 39).

(bb) Въ пользу такого взгляда говорятъ слѣдующія мѣста: 1) Случай (L. 1 C. de. O. et A. Прим. v), въ которомъ litiscontestatio, ставшая невозможною, тѣмъ не менѣе не должна вредить utilis actio. 2) Заключительное выраженіе приведенной въ прим. q, L. 57 de leg. 1: „Quod quamquam suo tempore non fecerit, tamen id ei praestabitur.“—Нѣкоторыя кажущіяся возраженія, которыя могутъ быть выведены изъ цитатъ, касающихся солидарныхъ обязательствъ соопекуновъ, будутъ разсмотрѣны ниже. (§ 24. f).

шло изъ преступнаго дѣйствія, изъ dolus'a, вообще не имѣетъ на него никакого права.

Этотъ принципъ, во первыхъ, надо признать истиннымъ въ приложеніи къ actio pro socio. Всякое товарищество, имѣющее безнравственную цѣль, само по себѣ ничтожно и недѣйствительно, а потому не можетъ служить основаніемъ для actio pro socio (cc).

Точно также слѣдуетъ отказать въ правѣ на принудительную цессію и на суррогатъ ея utilis actio и всякому солидарному должнику, сдѣлавшемуся таковымъ въ силу своего dolus'a. Вслѣдствіе своей безнравственности онъ сталъ недостойнымъ снисходительнаго покровительства закона, которымъ всякій можетъ воспользоваться въ другихъ случаяхъ (dd).

Только при добровольной цессіи иска кредиторомъ уплатившему должнику, послѣдній получаетъ посредствомъ ея право регресса, не смотря на dolus, такъ какъ имѣющій искъ можетъ, по произволу, совершить добровольную цессію его кому хочетъ; уплачивающій должникъ не можетъ ни въ какомъ случаѣ ее требовать, вслѣдствіе же dolus'a ему можетъ быть безусловно отказано только въ правахъ, которыми могли бы воспользоваться другіе для цѣлей регресса.

§ 24.

III. Лица въ обязательствѣ. B. Корреальное обязательство. Регрессъ (продолженіе).

Въ предыдущихъ параграфахъ мы установили общія точки зрѣнія на регрессъ. Теперь нужно обратиться къ сужденіямъ нашихъ источниковъ, касающимся каждой категоріи солидарныхъ обязательствъ отдѣльно. Эти сужденія докажутъ намъ согласіе съ источниками общихъ точекъ зрѣнія и наоборотъ, послѣднія прольютъ истинный свѣтъ на самыя сужденія.

(cc) L, 57 pro socio (17. 2).
(dd) Доказательства этого положенія будутъ приведены въ § 24.

Необходимо разсмотрѣть регрессъ по отношенію къ слѣдующимъ категоріямъ случаевъ: I, активныя корреальныя обязательства; II, пассивныя корреальныя обязательства; III, случаи ненастоящей корреальности. Но успѣхъ предпринимаемаго изслѣдованія зависитъ отъ цѣлесообразной комбинаціи отдѣльныхъ сужденій; а для достиженія этой цѣли мнѣ кажется болѣе полезнымъ держаться въ изслѣдованіи обратнаго порядка, т. е. разсмотрѣть прежде всего случаи ненастоящей, за тѣмъ пассивной и наконецъ активной корреальности. Такой порядокъ, само собою разумѣется, даетъ намъ право пользоваться сужденіями древнихъ юристовъ о случаяхъ ненастоящей корреальности и примѣнять ихъ, по аналогіи, къ настоящимъ корреальнымъ обязательствамъ. Другіе писатели новѣйшаго времени оспаривали такой методъ; но мы пытались уже выше (§ 22. b) доказать его основательность.

I. Случаи ненастоящей корреальности (§ 20).

A. Обязательство соопекуновъ.

Выше мы замѣтили, что такое обязательство въ многихъ случаяхъ, по существу своему, солидарно. (§ 20. l). И такъ, если къ одному изъ соопекуновъ предъявляется искъ въ полной суммѣ долга, который онъ и уплачиваетъ,—то спрашивается: имѣетъ-ли отвѣтчикъ право регресса къ другимъ опекунамъ и путемъ какого иска онъ можетъ осуществить регрессъ? Этотъ случай, болѣе всѣхъ другихъ, служилъ темой подробнѣйшихъ сужденій. Особенно важенъ одинъ текстъ Ульпіана, въ которомъ большая часть упомянутыхъ выше правилъ (§ 23) представлена въ систематической связи. Прежде изложенія самаго текста, я сообщу вкратцѣ его содержаніе.

1. Опекунъ, къ которому предъявленъ искъ во всей цѣлости, имѣетъ право требовать регресса иска противъ соопекуновъ.

2. Если онъ не пользуется своимъ правомъ и уплачиваетъ, не получивъ цессіи, то можетъ, тѣмъ не менѣе, предъявить utilis actio, признанную рескриптомъ импер. Антонина Пія, и потомъ императоромъ, царствовавшимъ во время Ульпіана, такъ же какъ и отцомъ этого императора.

3. Но если опекунъ обвиненъ въ общемъ съ другими dolus'ѣ, то онъ не имѣетъ права ни на цессію иска, ни на uti-

lis actio. Здѣсь опекунъ несетъ справедливое наказаніе за свое собственное преступленіе и недостоинъ регресса, такъ какъ деликтъ, подобно безнравственному товариществу, никогда не влечетъ за собою ни юридическихъ послѣдствій, ни права на уравнительный разсчетъ.

Вотъ и полный текстъ Ульпіана (a):

(§ 13) Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus praestiterit, vel ex communi gestu, nec ei mandatae sunt actiones (b), constitutum est a D. Pio, et ab Imperatore nostro, et D. patre ejus, utilem actionem tutori adversus contutorem dandam (c).

(§ 14) Plane, si ex dolo communi conventus praestiterit tutor, neque mandandae sunt actiones, neque utilis competit, quia proprii delicti poenam subit, quae res indignum eum fecit, ut a ceteris quid consequatur doli participibus. Nec enim ulla societas maleficiorum, vel communicatio justa damni ex maleficio est (d).

(a) L. 1 § 13. 14 de tutelae (27. 3).—Право на цессію также какъ и на utilis actio признано, между прочимъ въ этомъ случаѣ и рескриптомъ Каракаллы. L. 2 C. de contr. tut. (5. 58).—О самой же цессіи, какъ фактѣ, безъ упоминанія о правѣ на нее, говорится въ L. 21 de tutelae (27. 3), L. 42 de admin (26. 7).

(b) Эти выраженія указываютъ только на фактъ отсутствія цессіи, не касаясь права на нее. Это несомнѣнно слѣдуетъ изъ сопоставленія выраженій въ § 14: neque mandandae sunt actiones, которыя очевидно указываютъ, что въ случаѣ Dolus'a опекунъ не имѣетъ права на цессію; слѣдовательно, въ случаѣ, приведенномъ въ § 13 (т. е. гдѣ нѣтъ dolus'a) Ульпіанъ признаетъ это право. Тоже видно изъ L. 2 C. de contr. tut (5. 58) (прим.).

(c) Сближеніе utilis actio съ mandatae actiones несомнѣнно указываетъ, что здѣсь нельзя предполагать другаго иска, кромѣ actio tutelae utilis, вытекающаго изъ фиктивной цессіи (§ 23. aa). Ссылка этого текста на многія постановленія различныхъ императоровъ весьма знаменательна: изъ нея слѣдуетъ, что это былъ общепризнанный принципъ права, а не только частное мнѣніе Ульпіана, которое могло быть оспариваемо другими юристами. Наконецъ, особенно замѣчательно, что въ числѣ поименованныхъ императоровъ стоитъ и тотъ самый имп. Ній, рескриптъ котораго есть древнѣйшій памятникъ, указывающій намъ на utilis actio вообще (§ 23. 10).

(d) Эта часть всего сужденія выражена такъ обще, что мы имѣемъ полное право примѣнить ее не только къ спеціальнымъ слу-

Еще одно обстоятельство возбуждаетъ въ этомъ случаѣ сомнѣніе. Когда опекунъ, уплатившій весь долгъ, желаетъ предъявить потомъ utilis actio,—то возможно думать, что его платежемъ погашено все право кредитора (и по отношенію къ соопекунамъ), а потому здѣсь, повидимому, не можетъ быть и рѣчи ни о фиктивной, ни о дѣйствительной цессіи.—Но такой выводъ, вполнѣ опровергается приведеннымъ текстомъ Ульпіана, прямо и несомнѣнно признающимъ за уплатившимъ опекуномъ („si forte...praestiterit) право на utilis actio, что объясняется сдѣланнымъ выше замѣчаніемъ о фиктивной цессіи, которая должна быть относима не къ моменту ея осуществленія (т. е. ко времени послѣ платежа), но къ моменту, предшествующему платежу (§ 23. bb).—Предполагая тѣже сомнѣнія и на счетъ дѣйствительной цессіи, мы прійдемъ къ слѣдующему заключенію. Если сама цессія совершилась до платежа, или даже была только обусловлена, то послѣдующій платежъ не можетъ вредить тому, что уже совершилось, такъ какъ послѣдній актъ имѣетъ значеніе не погашенія обязательства, первоначально предъявленнаго ко взысканію, а, напротивъ, только значеніе уплаты покупной цѣны за уступленную цессію actio tutelae (e).—Иначе когда одинъ изъ опекуновъ, помимо всякаго иска и добровольно, уплачиваетъ всю сумму долга безъ остатка, напр. послѣ привлеченія къ суду его соопекуна и дѣйствительнаго присужденія иска: въ этомъ случаѣ платежъ долженъ быть отнесенъ единственно къ первоначальной претензіи, которая и погашается имъ, а потому не можетъ быть предметомъ дѣйствительной цессіи; здѣсь нѣтъ также повода къ допущенію utilis actio (f).

чаямъ опеки, но и ко всѣмъ другимъ, коль скоро рѣчь идетъ о регрессѣ.

(e) L. 2. C. de contr. tut. (5. 58), L. 21 de tutelae (27. 3), L. 76 de sol (46. 3) (отъ словъ: quod si ante solutionem).

(f) L. 1 C. de contr. tut. (5. 58), также какъ и первая часть L. 76 de sol. (46. 3) (до словъ: cum nulla actio superfuerit). Послѣдній текстъ вполнѣ выясняется чрезъ сравненіе его съ первымъ.—Большая часть авторовъ заблуждается на счетъ истиннаго его смысла потому, что въ средину, между обѣими половинами этого мѣста (говорящаго вообще только о внѣсудебныхъ актахъ) попалъ

Выше мы замѣтили, что одинъ изъ римскихъ юристовъ пытался пріискать другое основаніе для регресса между соопекунами, именно actio negotiorum gestorum (§ 23. i). Но мы уже указали, что попытка эта не нашла сочувствія и что многія императорскія постановленія единогласно стремятся къ той же цѣли совершенно инымъ путемъ, именно посредствомъ utilis actio (основанной на фиктивной цессіи).

B. Солидарное обязательство изъ деликта, учиненнаго многими лицами, насколько изъ него возникаетъ односторонній уголовный искъ (искъ о вознагражденіи) (§ 20. e).

Нерѣдко признавалось за правило, что регрессъ здѣсь не можетъ быть вовсе допущенъ, но правило это безусловно вѣрно только для долозныхъ деликтовъ, напр. при actio doli, такъ какъ къ нимъ вполнѣ примѣняется приведенное выше рѣшительное изрѣченіе Ульпіана (Прим. a и d).

Совершенно другое при деликтахъ кульпозныхъ. Мы имѣемъ въ этомъ отношеніи замѣчательное свидѣтельство въ одномъ, самомъ по себѣ маловажномъ, случаѣ, но который безъ колебанія можетъ быть признанъ указателемъ правила, относящагося ко всему упоминаемому классу исковъ. Когда изъ жилаго строенія, расположеннаго на общественной улицѣ, что-либо выливается или выбрасывается, причиняя кому либо ущербъ, то возникаетъ искъ вознагражденіи къ домовладѣльцу, въ формѣ actio quasi ex delicto, такъ какъ, съ точки зрѣнія полицейскихъ интересовъ, предполагается, что собственникъ могъ бы предотвратить ущербъ болѣе бдительнымъ надзоромъ за порядкомъ въ своемъ домѣ. Если же въ домѣ живетъ нѣсколько семействъ, въ качествѣ ли наемщиковъ, или же безплатно, то потерпѣвшій имѣетъ искъ въ полномъ составѣ противъ каждаго главы семейства по принципу обязательства солидар-

---

совершенно другой случай, когда соопекунъ, отвѣтчикъ по иску, могъ требовать принудительной цессіи посредствомъ doli exceptio, но не воспользовался своимъ правомъ, весьма основательно полагаясь на принадлежащую ему utilis actio. — Изъ того, что Модестинъ не упоминаетъ объ этомъ случаѣ еще не слѣдуетъ, что онъ отрицаетъ utilis actio.

наго. (g).—Уплативший все вознагражденіе получаетъ, по отношенію къ другимъ, право регресса на возмѣщеніе соотвѣтствующей части. Регрессъ осуществляется въ формѣ actio pro socio, когда всѣ главы, въ силу общности жилища, состоятъ въ товариществѣ, напр., если они заключили сообща наемный контрактъ; въ другихъ же случаяхъ—въ формѣ utilis actio, (h), напр. когда собственникъ уступилъ многимъ бѣднымъ семействамъ общее жилище, и между живущими не существуетъ никакого договорнаго отношенія. — Упомянутая здѣсь utilis actio есть, безъ сомнѣнія, указанный выше искъ, вытекающій изъ фиктивной цессіи,—стало быть и здѣсь въ основаніи лежитъ таже безспорно-вѣрная, мысль что лицо, впервые привлеченное къ отвѣтственности, могло бы, въ силу doli exceptio, также требовать дѣйствительнаго регресса иска противъ всѣхъ остальныхъ.

Это же правило слѣдуетъ еще примѣнить къ болѣе важному иску—actio legis Aquiliae. По римскому праву actio legis Aquiliae имѣла характеръ двусторонняго уголовнаго иска, влекущаго за собою въ видѣ чистаго наказанія полную отвѣтственность въ платежѣ для каждаго соучастника, т. е. безъ освобожденія, въ силу платежа одного, остальныхъ виновниковъ;—но по дѣйствующему праву, на нее необходимо смотрѣть какъ на чистый искъ о вознагражденіи (§ 21, d), и тогда въ ней сказывается отношеніе солидарнаго обязательства. Во всякомъ отдѣльномъ случаѣ слѣдуетъ впрочемъ различать: былъ-ли причиною ущерба dolus или только culpa? Хотя для права потерпѣвшаго это различіе не имѣетъ значенія, но для взаимныхъ отношеній виновниковъ ущерба оно имѣетъ то послѣдствіе, что при dolus'ѣ никакой регрессъ не допускается (прим. d), а при culpa дается тотъ же искъ, какъ и вслѣдствіе ущерба причиненнаго предметомъ, выброшеннымъ изъ жилаго дома (прим. h).

II. Настоящіе случаи пассивной корреальности.

Въ источникахъ находится въ этомъ отношеніи мало ука-

(g) L. 1 § 10, L. 2, L. 3 de his qui effud. (9. 3).

(h) L. 4 eod. „praestaturi partem damni societatis judicio, vel utili actione, ei qui solvit."

заній на регрессъ, хотя теорія пассивной корреальности развита въ нихъ до высокой степени совершенства. Я нашелъ только слѣдующіе тексты, говорящіе о регрессѣ въ этихъ случаяхъ.

A. Одинъ изъ текстовъ касается корреальности въ собственномъ смыслѣ (посредствомъ стипуляціи). Говоря о взаимныхъ отношеніяхъ многихъ сонаслѣдниковъ, не имѣющихъ надобности въ цессіи иска, благодаря actio familiae herciscundae, текстъ весьма очевидно предполагаетъ, что всякій корреальный должникъ, привлеченный къ полной отвѣтственности, имѣетъ право требовать, въ силу doli exceptio, цессіи иска противъ своихъ содолжниковъ (h[1]).

Нѣкоторые другіе тексты относятся къ корреальнымъ обязательствамъ, возникшимъ первоначально не изъ стипуляціи, а изъ продажи, найма или займа.

B. Когда нѣсколько лицъ покупаютъ или берутъ внаймы вещь подъ условіемъ солидарной отвѣтственности, (§ 17),—то отъ кредитора зависитъ предъявить искъ къ одному изъ нихъ въ полномъ долгѣ, все равно состоятельны прочіе или нѣтъ. Объ этомъ говоритъ Марцеллъ въ одномъ важномъ текстѣ, приведенномъ выше (i), ограничивающій однако строгое право кредитора условіемъ:

si actiones suas adversus ceteros praestare non recuset.

Здѣсь рѣшительно признается за отвѣтчикомъ право на принудительную цессію противъ остальныхъ содолжниковъ. Объ основаніи этого права и о защитѣ его посредствомъ doli exceptio мы подробно говорили выше (§ 23). По юстиніановскому праву, путемъ utilis actio можно было осуществить всякую принудительную и фиктивную цессію, (§ 23),—а потому мы должны признать и за упомянутыми корреальными должниками

(h[1]) L. 65 de evict. (21. 2) „....nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei qui pecuniam creditori dedit, praestarentur, quia non duo rei facti proponerentur (въ этомъ случаѣ слѣдовательно, признается doli exceptio), sed familiae herciscundae judicium eo nomine utile est.“

(i) L. 47 locati (19. 2) Выше мы пользовались уже этимъ мѣстомъ для другой цѣли, § 17. v, § 18. b и § 22. a. Оно указываетъ, что это строгое право могло возбуждать сомнѣніе или быть оспариваемо другими.

право на utilis actio, а обстоятельство неуказанія Марцелломъ рядомъ съ правомъ должника на дѣйствительную цессію и необходимаго ея послѣдствія,—считать совершенно случайнымъ. Это подтверждается вышеприведеннымъ мѣстомъ Ульпіана объ utilis actio между соопекунами (прим. а), которое, по аналогіи, безъ сомнѣнія, должно быть примѣнено и къ настоящему случаю.

Тотъ же принципъ высказывается однимъ изъ императорскихъ рескриптовъ и по отношенію къ наемному контракту. Многіе наниматели обязались солидарно; къ нѣкоторымъ изъ нихъ предъявленъ искъ во всей цѣлости. Рескриптъ признаетъ ихъ обязанными уплатить все, но вмѣстѣ съ тѣмъ и имѣющими право требовать цессіи исковъ противъ своихъ содолжниковъ (въ особенности исковъ гипотекарныхъ) (k).

С. Одинъ изъ императорскихъ рескриптовъ, пользующійся въ этомъ отношеніи большимъ авторитетомъ, нежели другіе тексты (l), рѣшаетъ слѣдующій случай займа. Два лица сообща получили взаймы, подъ условіемъ солидарной отвѣтственности; одно изъ нихъ было привлечено къ суду, уплатило долгъ и жаловалось императору. И вотъ рескриптъ гласитъ по этому поводу, что корреальный кредиторъ во всякомъ случаѣ имѣлъ право преслѣдовать одного изъ должниковъ, по выбору, въ цѣломъ долгѣ, но что и жалобщикъ послѣ уплаты имѣетъ право регресса противъ своего содолжника,—право, которое найдетъ, конечно, несомнѣнную защиту въ лицѣ правителя провинціи (m).

Трудно передать, сколько остроумія было истрачено совершенно напрасно на объясненіе текста и каждаго его выраженія. Болѣе всѣхъ расходятся съ истиною авторы, признающіе, что до рескрипта не существовало право на регрессъ и что послѣдній былъ введенъ только этимъ новымъ закономъ.

(k) L. 13 C. de loc. (4. 65).

(l) L. 2 C. de duob. reis (8. 40) Діоклетіана и Максиміана. Это тотъ самый текстъ, въ которомъ глосса подробно разсматриваетъ вопросъ о регрессѣ.

(m) „Rector provinciae juvare te adversus eum, cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti, non cunctabitur."

Напротивъ, текстъ рескрипта относится къ праву уже существующему. Это ясно нетолько изъ всѣхъ его выраженій, но особенно изъ заключительныхъ словъ, содержащихъ инструкцію не о томъ, что должно быть сдѣлано, а обѣщаніе того удовлетворенія со стороны судьи, котораго жалобщикъ уже имѣлъ право ожидать, т. е. указаніе на право несомнѣнно существующее. Если бы мы знали факты, послужившіе основаніемъ рескрипту, то мы были бы также далеки отъ сомнѣнія, какъ и самъ авторъ рескрипта, который имѣлъ, вѣроятно, предъ собою акты. Въ настоящее же время мы вынуждены, какъ при многихъ рескриптахъ, дополнять эти факты путемъ возможно большаго и вѣроятнаго соглашенія съ выраженіями. Такой способъ ведетъ къ весьма правдоподобному предположенію товарищества между обоими содолжниками, такъ какъ и въ другихъ мѣстахъ выраженія: communio, communis, communiter употребляются, обыкновенно въ связи съ товариществомъ (n). Если на самомъ дѣлѣ въ данномъ случаѣ дѣйствительно существовало товарищество, то императоры, на основаніи actio pro socio, могли съ полною увѣренностью обѣщать жалобщику помощь судьи въ признаніи за нимъ права регресса. Но согласимся съ противниками этого мнѣнія и допустимъ, что нѣтъ достаточнаго основанія къ признанію въ этомъ случаѣ товарищества, такъ какъ выраженіе communiter могло быть употреблено и въ смыслѣ чисто фактическомъ, безъ отношенія къ товариществу, т. е. что оба должника только получили занятыя деньги одновременно, въ одномъ мѣстѣ, слѣдовательно въ нѣкоторомъ смыслѣ communiter,—а потомъ тотчасъ раздѣлили ихъ, не затративъ на общее предпріятіе (товарищеское). Если императоры имѣли въ виду такой случай, то они должны были предполагать несомнѣннымъ какое либо другое юридическое основаніе регресса, и само собою разумѣется, что тогда сторонники обоихъ мнѣній, по поводу вопроса о регрессѣ (§ 23) толкуютъ и должны были толковать факты, предпола-

---

(n) Habicht стр. 40—65, весьма тщательно старается оправдать такое толкованіе текста, приводя въ доказательство множество другихъ писателей.

гаемые въ рескриптѣ, въ свою пользу (о). Противъ этого нечего возразить, но необходимо покрайней мѣрѣ, чтобы сторонники указанныхъ мнѣній воздерживалась отъ ссылокъ на рескриптъ, какъ на доказательство въ свою пользу; они должны довольствоваться уже тѣмъ, что рескриптъ не противорѣчитъ имъ въ томъ смыслѣ, что каждая сторона можетъ толковать его весьма удовлетворительно для себя.

III. Случаи активнаго корреальнаго обязательства.

Намъ остается еще только разсмотрѣть вопросъ о регрессѣ примѣнительно къ активному корреальному обязательству, по отношенію къ которому мы уже не разъ замѣчали, что оно встрѣчается рѣже нежели обязательство пассивное, а потому и представляетъ меньше значенія. Вопросъ о регрессѣ здѣсь относится къ тому случаю, когда одинъ изъ кредиторовъ получилъ уплату всего долга, а прочіе домогаются отъ него соотвѣтствующихъ частей.

Обращая вниманіе на обыкновенныя формы проявленія корреальнаго обязательства въ дѣйствительной жизни (§ 22), мы убѣдимся, что случаи представляютъ здѣсь болѣе простоты и менѣе затрудненій, нежели въ пассивной корреальности.

Прежде всего здѣсь можетъ въ основаніи лежать товарищество, и такой случай будетъ, вѣроятно, самымъ употребительнымъ. Тогда регрессъ, посредствомъ actio pro socio, является несомнѣннымъ (§ 23 f[1]).

Тамъ же, гдѣ нѣтъ товарищества, идея взаимной довѣренности выступитъ еще нагляднѣе, нежели въ пассивной корреальности.

На основаніи этихъ соображеній во всѣхъ указанныхъ случаяхъ для регресса достаточны или actio pro socio или actio mandati.

Что касается до принудительной цессіи или utilis actio, какъ

(о) Sell стр. 403—413 объясняетъ рѣшеніе императоровъ признаваемою имъ вообще actio negotiorum gestorum utilis. Schröter стр. 427 и Vangerow стр. 79 объясняютъ его тѣмъ правиломъ, что никто не долженъ обогащаться на чужой счетъ (§ 22. f, § 23. e). Я объясняю его на основаніи utilis actio, вытекающей изъ фиктивной цессіи, безспорно признаваемой во время Діоклетіана.

послѣдствія фиктивной цессіи, имѣющихъ мѣсто при пассивномъ корреальномъ обязательствѣ,—то, по сущности дѣла, объ нихъ здѣсь не можетъ быть рѣчи.

Результаты нашего предъидущаго изслѣдованія по вопросу о регрессѣ сводятся вкратцѣ къ слѣдующимъ положеніямъ.

Коль скоро существуетъ товарищество, то право на регрессъ имѣетъ основаніе, какъ по отношенію къ активной, такъ и пассивной корреальности.

Actio mandati также, смотря по обстоятельствамъ, можетъ привести къ этой цѣли въ обоихъ случаяхъ.

Сверхъ того для пассивной корреальности самое общее основаніе регресса лежитъ въ принудительной цессіи, а также въ utilis actio, какъ послѣдствіи фиктивной цессіи.

Перечисленныя разнообразныя средства доказываютъ, что корреальное обязательство, въ концѣ концовъ, не есть простая игра случая.

Но всѣхъ этихъ правъ на регрессъ не существуетъ для тѣхъ корреальныхъ должниковъ, обязательство которыхъ имѣетъ въ основаніи своемъ dolus.

Изложенные нами принципы регресса требуютъ еще нѣкоторыхъ дополненій.

Спрашивается, во 1-хъ, каково значеніе принудительной цессіи и суррогата ея utilis actio, и гдѣ ея предѣлы? Предположимъ, что изъ шести корреальныхъ должниковъ четверо несостоятельны къ платежу, и что одинъ изъ состоятельныхъ получаетъ цессію противъ другаго состоятельнаго должника: каково будетъ ея значеніе? Можно было бы подумать, что цессіонарій, по вычетѣ изъ всей суммы долга, падающей на его долю, 6-ой части, имѣетъ право обратиться съ требованіемъ остальныхъ $^5/_6$ къ другому содолжнику, въ силу цедированныхъ ему пяти исковъ. Тогда весь убытокъ, происшедшій отъ несостоятельности, палъ бы исключительно на втораго состоятельнаго должника, единственно вслѣдствіе случайнаго обстоятельства, что онъ не первымъ былъ привлеченъ къ отвѣтственности.

Нелѣпость такого вывода очевидна. Но если мы положимъ въ основаніе уравнительнаго расчета (который и составляетъ цѣль цессіи и actio utilis) принципы товарищества, то рѣшеніе наше будетъ справедливо. Въ силу этихъ принциповъ убытки, вытекающіе изъ неоплатности, должны падать на состоятельныхъ должниковъ въ равныхъ частяхъ, такъ что въ случаѣ, взятомъ нами въ примѣръ, должникъ, впервые привлеченный къ отвѣтственности, долженъ получить цессію на половину всего долга. — Справедливость такого рѣшенія подтверждается тѣмъ, что соразмѣрное распредѣленіе убытковъ, во многихъ аналогичныхъ случаяхъ, признается правильнымъ, именно при beneficium divisionis между многими сопоручителями (p); приложеніе же его здѣсь въ особенности цѣлесообразно, потому что вопросъ объ отношеніяхъ между солидарными соопекунами, при несостоятельности нѣкоторыхъ изъ нихъ, рѣшается прямо по аналогіи съ сопоручителями. (q)

До сихъ поръ наше изслѣдованіе о регрессѣ ограничивалось исключительно тѣми болѣе важными и употребительными случаями, когда обязательство погашается одностороннимъ полученіемъ или платежомъ наличныхъ денегъ. Другіе случаи погашенія представляютъ гораздо менѣе затрудненій для вопроса о регрессѣ. Когда кредиторъ слагаетъ съ одного изъ двухъ своихъ корреальныхъ должниковъ долгъ посредствомъ акцептиляцій, то оба они освобождаются, причемъ не можетъ быть и рѣчи о послѣдующемъ уравнительномъ между ними расчетѣ. (§ 18. q). Въ случаѣ-же освобожденія по не формальному контракту, свободою пользуется только освобожденный, а не его содолжникъ, кромѣ того случая, когда послѣдній состоитъ съ первымъ въ товариществѣ и основаніемъ для окончательнаго расчета служитъ actio pro socio. (§ 18 u. x.)

(p) 5 pr. de censibus (50. 13), L. 26 de fidej. (46. 1).
(q) L. 1 § 12 de tutelae (27. 3).

§ 25.

III. Лица въ обязательствѣ. B. Корреальное обязательство. Регрессъ. (Продолженіе).

Для обезпеченія развитой нами теоріи регресса отъ возраженій, необходимо окончить изслѣдованіе объясненіемъ еще нѣсколькихъ спеціальныхъ, болѣе или менѣе относящихся сюда, текстовъ, именно тѣхъ, которымъ, впродолженіи всего изслѣдованія не нашлось соотвѣтствующаго мѣста. Сюда можно причислить слѣдующіе. Одинъ текстъ Папиніана о комбинаціи корреальнаго обязательства съ взаимнымъ поручительствомъ гласитъ (a)

> Reos promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accipi convenit. Reus itaque stipulandi actionem suam dividere si velit (neque enim dividere cogendus est), poterit eundem ut principalem reum, item qui fidejussor pro altero exstitit, in partes convenire; non secus, ac si duos promittendi reos divisis actionibus conveniret.

Содержаніе текста таково: когда два корреальныхъ должника становятся вмѣстѣ взаимными поручителями другъ за друга, то этотъ актъ отнюдь не долженъ считаться совершенно безполезнымъ и лишеннымъ силы (non inutiliter accipi), Онъ производитъ то послѣдствіе, что кредиторъ, по своему усмотрѣнію, можетъ предъявить искъ въ одной половинѣ долга къ одному изъ должниковъ, какъ къ главному, въ остальной— къ другому, какъ къ поручителю за своего содолжника (оба иска не будутъ имѣть совершенно одинаковыя послѣдствія) (b);

(a) L. 11 pr. de duob. reis (45. 2) изъ Papin. lib. XI respons. Я держался здѣсь безукоризненнаго флорентинскаго текста, отъ котораго Вульгата удаляется до степени неузнаваемости самаго текста. Труднѣйшая его часть въ словахъ: item qui fidejussor, которую мысленно надо пополнить такъ: item tamquam eum qui fidejussor.—Еще можно было бы измѣнить текстъ и такимъ образомъ: item quia fidejussor, но въ этомъ нѣтъ необходимости. Куяцій въ своихъ лекціяхъ о Папиніанѣ даетъ хорошее объясненіе этого текста, Opp. T. 4, p. 1311. ed. Neap.

(b) Куяцій совершенно правильно указываетъ на два характеристическія послѣдствія иска, вытекающаго изъ поручительства и

точно также онъ можетъ, по своему произволу, раздѣлить искъ главнаго долга между двумя корреальными должниками. (§ 18. b).—Но то и другое—вполнѣ зависитъ отъ кредитора и онъ не можетъ быть принужденъ къ раздѣленію исковъ.

Слѣдовательно Папиніанъ вовсе не желаетъ сказать, что договоръ такого рода будетъ имѣть весьма важныя послѣдствія; а еще менѣе—что онъ обѣщаетъ кредитору большія выгоды (c); смыслъ его замѣчанія состоитъ только въ томъ, что упомянутый договоръ не долженъ почитаться актомъ, неимѣющимъ никакого значенія и послѣдствій.—Такимъ образомъ текстъ самъ по себѣ не важенъ; но получаетъ извѣстное значеніе по своей внутренней связи съ новеллою 99, о которой мы поговоримъ въ § 26.

II. Когда дѣло идетъ о quarta Falcidia при извѣстномъ наслѣдствѣ, къ составу котораго принадлежитъ корреальная претензія или долгъ, то возникаетъ вопросъ: слѣдуетъ-ли принимать въ расчетъ это обязательство и въ какой суммѣ. Ульпіанъ высказываетъ по этому поводу слѣдующее, не предлагая однако собственнаго сужденія, а просто передавая рѣшеніе Юліана. (d)

Необходимо различать—говоритъ Юліанъ—состоятъ-ли различные correi между собою въ товариществѣ, или нѣтъ?

предъявленнаго въ половинѣ долга. Отвѣтчикъ можетъ осуществить компенсацію путемъ встрѣчнаго требованія, принадлежащаго не ему, но содолжнику, который, по отношенію къ этому поручительству, есть главный должникъ. Сверхъ того, въ случаѣ присужденія взысканія съ него какъ съ поручителя и платежа, онъ можетъ предъявить къ главному должнику регрессъ въ силу actio mandati. Мы можемъ къ этому прибавить еще одно послѣдствіе, по новому праву, именно: что искъ можетъ быть на время отраженъ посредствомъ beneficium excussionis (Новелла 4).—Всѣ эти характеристическія послѣдствія служатъ въ пользу отвѣтчика, а не кредитора.

(c) Кредиторъ не можетъ ожидать отъ дѣленія ни малѣйшей выгоды (прим. b); но онъ можетъ имѣть весьма гуманное намѣреніе—обезпечить и облегчить отвѣтчику регрессъ (прим. b), необременяя вмѣстѣ съ тѣмъ и себя необходимостью отыскивать свое право путемъ преслѣдованія различныхъ лицъ.

(d) L. 62. pr. ad. L. Falc. (35. 2). Чтеніе текста не подлежитъ сомнѣнію за исключеніемъ выраженій Флорентины: debere obligationem, которыя, по Галоандеру, должны быть измѣнены въ debeat obligatio. Такого измѣненія требуетъ конструкція; на смыслъ оно не имѣетъ вліянія.

Въ первомъ случаѣ обязательство нужно принимать въ разсчетъ точно также, какъ если бы оно было не корреальное, а долговое. Стало быть, нужно къ активу или пассиву наличнаго наслѣдства немедленно приписать соотвѣтствующую часть всего обязательства. (e)

Ко второму случаю относятся слѣдующія слова текста:

Quodsi societas inter eos nulla fuisset, in pendenti esse, in utrius bonis computari oporteat id, quod debetur, vel ex cujus bonis detrahi.

И такъ въ этомъ второмъ случаѣ обязательство на время исключается изъ счета, по причинѣ неизвѣстности его результатовъ, расчетъ откладывается на будущее время и установляется взаимное поручительство, какъ и въ другихъ случаяхъ неизвѣстности.

По обыкновенному толкованію, эта часть текста доказываетъ, что въ корреальныхъ обязательствахъ послѣдующій регрессъ безусловно недопускается, за исключеніемъ только случая товарищества (f), —что, очевидно, прямо противорѣчитъ принудительной цессіи и utilis actio, положеннымъ мною въ основаніе регресса.—Подобное толкованіе повело бы къ такому пониманію мнѣнія Юліана, что во всѣхъ случаяхъ, гдѣ нѣтъ товарищества, вопросъ: который изъ кредиторовъ получитъ и удержитъ за собою всю уплату, или который изъ должниковъ обязанъ раззориться и остаться таковымъ вслѣдствіе платежа всего долга,—неизмѣнно будетъ рѣшенъ случайнымъ фактомъ первенства предъявленія иска. Но для этого не имѣется ни одного серьезнаго основанія.

Юліанъ, безъ сомнѣнія, желалъ выразить противоположность обоихъ случаевъ, — которая должна быть понимаема скорѣе такимъ образомъ. При существованіи товарищества уравнительный расчетъ вовсе независитъ отъ произвола и дѣйствія сторонъ; напротивъ, онъ находитъ твердое основаніе въ самомъ товариществѣ, какъ напр. въ случаѣ долга, долеваго съ

(e) На томъ основаніи, что въ этомъ случаѣ безразлично: который correus получаетъ или платитъ долгъ, такъ какъ впослѣдствіи регрессъ долженъ неизбѣжно вести къ уравнительному расчету.

(f) Habicht. Стр. 25, Срав. выше. § 23. a.

момента возникновенія. — Дѣло представляется совершенно иначе, когда (безъ товарищества) регрессъ долженъ быть основанъ на цессіи въ силу doli exceptio или даже utilis actio. Здѣсь регрессъ будетъ зависѣть какъ отъ дѣйствительнаго предъявленія должникомъ—отвѣтчикомъ эксцепціи или послѣдующаго предъявленія utilis actio, такъ и отъ признанія судомъ этихъ средствъ уважительными, послѣдній же пунктъ представлялся неизвѣстнымъ до того времени, пока теорія фиктивной цессіи путемъ utilis actio (§ 23) находилась еще въ періодѣ развитія. Къ этому-то неизвѣстному условію и слѣдуетъ отнести выраженіе: in pendenti esse, а не къ безусловному отрицанію регресса вообще, за исключеніемъ случая товарищества.

Отрицаніе повело бы также къ устраненію регресса, какъ послѣдствія принудительной цессіи, вопреки положительнымъ указаніямъ на возможность принужденія кредитора къ совершенію цессіи (§ 24 i. k.); если же, напротивъ, разсматриваемый нами текстъ отрицалъ только utilis actio (предположеніе, по нашему толкованію невозможное), тогда подобное отрицаніе можно было бы еще объяснить исторически тѣмъ, что оно содержится въ рѣшеніи Юліана, тогда какъ болѣе древнее признаніе фиктивной цессіи восходитъ только до Антонина Пія (§ 23 w).

III. Если существуетъ много поручителей (confidejussores) по одному обязательству и одинъ изъ нихъ уплачиваетъ весь долгъ, то онъ не имѣетъ права регресса къ остальнымъ.

Противники регресса разсуждаютъ такъ: эти сопоручители correi между собою; если между ними не допускается регресса, то отсюда-прямое заключеніе: что вообще между корреальными должниками (за исключеніемъ товарищества) нѣтъ регресса. (g).

Возраженіе это представляется весьма серьезнымъ защитникамъ регресса. Одинъ изъ нихъ старается даже защитить отъ него свою общую теорію такимъ положеніемъ, что признаетъ отрицаніе регресса между сопоручителями—исключеніемъ изъ общаго правила, регулирующаго отношенія между корреальными должниками, и это исключеніе старается объяснить особенною строгостью права, нормирующаго отношенія пору-

---

(g) Schröter стр. 424. 425.

чителей (h). — Такое разрѣшеніе затрудненія кажется мнѣ неудовлетворительнымъ потому, что я признаю въ правѣ поручителей нѣчто прямо противоположное указанной особенной строгости. Римляне считали поручительство, во всѣхъ его разнообразныхъ формахъ, столь сомнительнымъ и опаснымъ юридическимъ институтомъ, что искали противъ него гарантій въ самыхъ произвольныхъ ограниченіяхъ, и едва ли найдется другой институтъ, вызвавшій столь огромное множество плебисцитовъ (i). Въ нихъ-то я и вижу нѣчто противоположное тому, что считается строгостью права поручителей.

Для ближайшаго изслѣдованія этого предмета мы установимъ сначала общее правило, запрещающее регрессъ между сопоручителями.

Оно прямо выражено въ одномъ мѣстѣ Институцій (k) и сущность его состоитъ въ слѣдующемъ. Когда къ поручителю предъявленъ искъ въ полной суммѣ, онъ можетъ, на основаніи epistola D. Hadriani., требовать, во первыхъ, раздѣленія иска и во вторыхъ, предъявить искъ противъ состоятельныхъ сопоручителей въ соотвѣтственныхъ частяхъ.—Если онъ не пожелаетъ воспользоваться этимъ правомъ и уплатитъ всю сумму, и если при этомъ главный должникъ окажется несостоятельнымъ, то онъ одинъ и обязанъ нести всѣ убытки (стало быть, не имѣетъ права регресса къ сопоручителямъ); онъ долженъ пенять на самаго себя, такъ какъ не желалъ воспользоваться защитою epistola D. Hadriani. Такимъ образомъ здѣсь выраженъ не только отказъ въ регрессѣ, но даже и мотивъ отказа: для защиты поручителя существовалъ особый институтъ, и если онъ не пользовался имъ, то самъ былъ виноватъ.

Этотъ текстъ Институцій заимствованъ изъ тождественнаго по содержанію мѣста у Гая. У послѣдняго отрицанія регресса выражено еще яснѣе (l). Во 1-хъ Гай говоритъ, что L. Apu-

---

(h) Sell въ Linde т. 4, стр. 17— 36.

(i) Gajus Lib. 3. § 120 sq. Эти ограниченія большею частью не перешли въ юстиніановское право.

(k) § 4 j. de fidejuss. (3. 20).

(l) Gajus Lib. 3 § 122. Правда, что въ текстѣ есть пробѣлы; но согласіе его съ Институціями Юстиніана, атакже и содержаніе вообще, не подлежитъ сомнѣнію.

leja установляла между sponsores и fidepromissores извѣстнаго рода товарищество (quandam societatem introduxit), такъ что уплатившій все имѣлъ къ прочимъ право регрессивнаго иска; но между сопоручителями было совершенно иначе: здѣсь подобный регрессъ не имѣлъ мѣста.

Такое же сужденіе находимъ и въ слѣдующихъ словахъ Модестина (m).

> Ut fidejussor adversus confidejussorem suum agat danda actio non est.

Впрочемъ, онъ прибавляетъ къ нему и исключеніе: si... nec ei cessae sint actiones, которое, собственно говоря, разумѣется само собою. Такимъ образомъ, Модестинъ принимаетъ только фактическую цессію, совершаемую по произволу кредитора; но вмѣстѣ съ тѣмъ не признаетъ за отвѣтчикомъ никакого права требовать ее на какомъ либо юридическомъ основаніи, такъ что здѣсь становится немыслима и utilis actio, какъ суррогатъ принудительной цессіи, которая прямо отрицается вышеприведеннымъ текстомъ.

Наконецъ слѣдующій рескриптъ имп. Александра также подтверждаетъ все вышесказанное (n):

> Cum alter ex fidejussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum, qui una fidejussit, non competit. Potuisti sane, cum fisco solveres, desiderare, ut jus pignoris, quod fiscus habuit, in te transferretur; et si hoc ita factum est, cessis actionibus uti poteris. Quod et in privatis debitis observandum est.

И здѣсь въ началѣ текста несомнѣнно высказывается безусловное отрицаніе регрессивнаго иска противъ сопоручителей, чѣмъ, конечно, исключается также и utilis actio. Повидимому, право на цессію иска признается послѣдующими словами, а потому можно было бы подумать, что право это должно послѣдовательно вести и къ utilis actio. Однако искъ, о принудительной цессіи котораго здѣсь упоминается, не есть искъ противъ сопоручителей, но противъ главнаго должника, что оче-

---

(m) L. 39 de fidejuss. (46. 1).
(n) L. 11 C. de fidejuss. (8. 41).

видно слѣдуетъ изъ связи существовавшей между цессіею (личнаго) иска, вытекавшаго изъ обязательства, и переходомъ гипотекъ (цессія иска гипотекарнаго); гипотеки же, во всякомъ случаѣ, установляются главнымъ должникомъ, а не сопоручителями съ другой стороны. Весьма естественно, что поручитель, уплатившій долгъ, могъ требовать цессіи всѣхъ исковъ кредитора противъ главнаго должника: — онъ имѣлъ уже и безъ того къ главному должнику actio mandati.

Резюмируя всѣ эти тексты, мы видимъ что они единогласно отказываютъ поручителю, уплатившему долгъ въ правѣ на регрессивный искъ противъ сопоручителей,—точно также, конечно, и въ правѣ на utilis actio,—откуда, согласно вышеизложенной теоріи, мы должны заключить, что поручитель не имѣлъ никакого права и требовать цессіи иска противъ сопоручителей (о).

Но можно-ли отсюда, вмѣстѣ съ упомянутымъ нами авторомъ (прим. g), заключить что, по общему правилу не допускается регрессъ и между корреальными должниками?

Нисколько. Обѣ указанныя нами партіи равно заблуждаются, принимая, что сопоручители состояли м е ж д у с о б о ю въ отношеніи корреальныхъ должниковъ, тогда какъ между

(о) Два текста могли бы, пожалуй, возбудить сомнѣніе въ истинности послѣдняго положенія и навести на мысль, что оно могло быть оспариваемо древними юристами: 1) L. 17. de fidej. (36. 1): „Fidejussoribus s u c c u r r i solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina.“ Но эти выраженія указываютъ не столько на опредѣленное право поручителя (посредствомъ doli exceptio), сколько на справедливое вмѣшательство судьи. Здѣсь былъ пунктъ естественнаго соприкосновенія съ beneficium divisionis поручителя, въ сравненіи съ которымъ цессія была еще выгоднѣе для кредитора.—Впрочемъ—это текстъ Ю л і а н а, при которомъ еще не была признана utilis actio, какъ слѣдствіе принудительной цессіи (§ 23). 2) L. 36 eod., въ концѣ которой о кредиторѣ говорится: „quia t e n e t u r ad id ipsum, ut p r a e s t e t a c t i o n e s. Однакоже Павелъ вовсе не говоритъ, чтобы эта обязательная цессія относилась къ искамъ противъ сопоручителей; здѣсь можно разумѣть также иски противъ главнаго должника (личные и гипотекарные).—Во всякомъ случаѣ эти косвенныя указанія не могутъ быть принимаемы за послѣднее слово юстиніановскаго законодательства въ такой мѣрѣ, какъ вышеприведенныя, весьма рѣшительныя сужденія (прим. k. l. m. n.).

ними не существовало не только такихъ, но и вообще никакихъ собственно-юридическихъ отношеній.

Въ самомъ дѣлѣ, всякій поручитель порознь есть correus главнаго должника, и когда онъ освобождаетъ его уплатою долга, то одновременно освобождаетъ и сопоручителей; но фактъ этотъ производитъ на поручителей только косвенное вліяніе чрезъ посредство стоящаго между ними главнаго должника. Что же касается самихъ поручителей, то у нихъ такъ мало непосредственныхъ юридическихъ отношеній, что они, быть можетъ, и не подозрѣваютъ о существованіи другъ друга (p).

Если, такимъ образомъ, сопоручители по отношенію другъ къ другу не correi, то фактъ отсутствія между ними права регресса вовсе не можетъ служить основаніемъ къ отрицанію регресса между дѣйствительными correis.

§ 26.

III. Лица въ обязательствѣ. B. Обязательство корреальное. Новелла 99.

Литература (a).

Donellus in Codicem, tit. de duob. reis Cap. 13.
Glück. т. 4 стр. 526, 527.
Asverus ad Novellam 99. Jenae 1822.
V. Schröter въ Linde т. 6 стр. 435—446.
Burchardi Archiv. т. 19 стр. 49—71.
Heimbach въ Linde т. 16 стр. 65—71.
Vangerow, стр. 80—87.

(p) По Гаю Lib. 3, § 123, однимъ плебисцитомъ, названіе котораго намъ неизвѣстно, было постановлено, чтобы каждый изъ спонзоровъ и фидепромиссоровъ старался официально узнавать число и имена своихъ товарищей, подъ страхомъ потери всего своего цравa. Этотъ плебисцитъ не касался фидеюссоровъ; однако и по отношенію къ нимъ существовало тоже обыкновеніе (хотя не обязательно и безъ угрозы наказаніемъ). Въ юстиніановскомъ правѣ объ этомъ ничего не говорится; а потому для насъ изложенный выше въ текстѣ сочиненія принципъ остается безусловно вѣрнымъ.

(a) Я ограничился указаніемъ только важнѣйшихъ авторовъ;

Со времени глоссаторовъ ни одинъ законъ Юстиніана не возбуждалъ въ нашей юридической литературѣ такихъ споровъ, какъ новелла 99-ая; вслѣдствіе чего по этому вопросу накопилось такъ много матеріала, что наша задача можетъ состоять скорѣе только въ обозрѣніи результатовъ, а не въ увеличеніи общаго количества ихъ (b).

Споръ сосредоточивается не столько на самомъ предписаніи закона, сколько на точномъ опредѣленіи, къ которому оно относится.

Особенно важно замѣчаніе, помѣщенное въ самомъ началѣ закона о томъ, что Юліанъ обнародовалъ вкратцѣ законъ о различныхъ видахъ поручительства и что законъ этотъ требуетъ дополненія, которое и находится въ новеллѣ. Всѣ писатели согласны въ томъ, что это есть указаніе на новеллу 4-ю (такъ наз. beneficium excussionis) и такимъ образомъ въ этомъ замѣчаніи мы находимъ важное указаніе на то, что содержаніе разсматриваемаго закона должно находиться въ очевидной внутренней связи съ прежнимъ закономъ (c).

Что касается толкованія закона, то образовалось три главныхъ мнѣнія. Вокругъ нихъ группируются нѣсколько отдѣльныхъ взглядовъ (d).

1. Предметъ закона—поручители (e).

Прежде они всегда обязывались солидарно и защищались только посредствомъ beneficium divisionis, по принципу-же разсматриваемаго закона они отвѣтствуютъ по частямъ, такъ

многихъ другихъ указываютъ Glück, l. c., Asverus, стр. 7 — 20, Vangerow l. c.

(b) Asverus, Burchardi и Heimbach l. c. даютъ богатѣйшій матеріалъ для точнаго толкованія текста.

(c) 4-ая новелла относится къ 535, а 99-ая къ 539 г.; такимъ образомъ онѣ раздѣляются четырехгодичнымъ промежуткомъ времени.

(d) Burchardi, предлагающій въ указ. мѣстѣ, между прочимъ, прекрасныя замѣчанія для критики другихъ мнѣній, признаетъ, что новелла относится къ случаю неясныхъ, сомнительныхъ договоровъ, для которыхъ и предлагаетъ начала интерпретаціи. Но такое объясненіе не подтверждается буквальнымъ смысломъ закона.

(e) Объ этомъ мнѣніи и его защитникахъ срав. Asverus, стр. 18. 63—66.

что солидарная отвѣтственность (а вмѣстѣ съ тѣмъ и потребность beneficium divisionis) можетъ наступить только въ силу яснаго условія.

По этому мнѣнію, Юстиніанъ установилъ для fidejussores то же, что L. Furia предписывала для fidepromissores въ Италіи (f), но такое толкованіе не согласно съ буквою закона и не имѣетъ никакой связи съ 4-ой новеллой; поэтому оно всегда имѣло на своей сторонѣ мало приверженцевъ.

II. Предметомъ закона служатъ всѣ вообще корреальные должники; стало быть, самый законъ есть только видоизмѣненіе теоріи корреальныхъ обязательствъ въ томъ смыслѣ, что beneficium divisionis, прежде существовавшее только для сопоручителей, теперь распространялось на всѣхъ корреальныхъ должниковъ (d).

Этого мнѣнія всегда держалось большинство авторовъ, утверждая, главнымъ образомъ, что оно признавалось и практикою (h).

Буквальный смыслъ закона ничего не говоритъ и въ пользу этого толкованія, неимѣющаго при томъ никакой внутренней связи и съ новеллою 4-ою; за тѣмъ, не было никакаго практическаго побужденія къ столь радикальной передѣлкѣ этого древняго института.—Наконецъ Юстиніанъ, совершая дѣйствительно какія либо существенныя преобразованія, не имѣлъ обыкновенія оставлять въ тѣни ихъ важность (i); а между тѣмъ здѣсь начало закона указываетъ только на легкое дополненіе къ прежнему постановленію.

III. Предметъ закона составляютъ только тѣ корреальные должники, которые, кромѣ общаго договора обязались еще

(f) Gajus Lib. 3. § 121. 122.

(d) Вотъ основаніе, по которому я счелъ нужнымъ говорить о новеллѣ 99 именно здѣсь.

(h) Это мнѣніе защищаютъ, между прочимъ, Glück въ указ. мѣстѣ. Schröter стр. 445. 446. Ribbentrop, стр. 116., Puchta Pandekten. § 235 o, и Vorlesungen, стр. 235 и 236.—Тоже самое мнѣніе и приводимую въ его подкрѣпленіе практику очень хорошо опровергаетъ Burchardi въ ук. м.

(i) Срав., напр. введеніе къ Nov. 22 и 118.

спеціальнымъ договоромъ о взаимномъ поручительствѣ каждаго за всѣхъ (k).

Для доказательства правильности этого мнѣнія необходимо изложить сначала вкратцѣ содержаніе закона и послѣдовательный ходъ его идей.

Когда множество лицъ обязываются извѣстнымъ долгомъ сообща, становясь, сверхъ того, поручителями другъ за друга, то касательно главнаго долга здѣсь возможны два случая.

Первый—они ничего не говорятъ о солидарной отвѣтственности по главному долгу и тогда отвѣчаютъ въ дѣйствительности по частямъ; (l) второй — они обязываются солидарною отвѣтственностью въ главномъ долгѣ (m) и тогда кредиторъ дол-

---

(k) Это мнѣніе, которое и я считаю справедливымъ, уже излагали и защищали Donellus, Asverus, Heimbach, въ указ. мѣс. Послѣдній отступаетъ отъ общаго мнѣнія преимущественно въ томъ, что старается ограничить новеллу случаемъ денежнаго займа. Но я не вижу въ этомъ отступленіи ничего существеннаго для самого мнѣнія. Хотя буквальныя выраженія закона главнымъ образомъ, относятся къ займу, но это потому, что займъ считается типомъ корреальныхъ обязательствъ вообще; такимъ образомъ не слѣдуетъ думать, что, напр. договоръ о солидарной куплѣ долженъ, по смыслу этого закона, обсуждаться по другимъ правиламъ.

(l) Это исконный принципъ римскаго права, а потому авторы, считающіе его нововведеніемъ совершенно заблуждаются. Изложеніе въ законѣ цѣлой комбинаціи случаевъ объясняется желаніемъ связать оба случая и лучше освѣтить второй изъ нихъ сопоставленіемъ его съ первымъ. Впрочемъ, съ перваго взгляда можетъ показаться страннымъ, почему первый случай разсматривается кратко, а не во всѣхъ подробностяхъ (какъ второй). Это весьма удовлетворительно объясняется тѣмъ, что для перваго случая было вполнѣ достаточно и дѣйствующаго права, безъ всякихъ новыхъ дополненій. Въ самомъ дѣлѣ, когда кредиторъ искалъ съ одного изъ должниковъ отчасти какъ съ отвѣтчика по главному долгу, отчасти какъ съ поручителя, то послѣдній, противъ втораго требованія, находилъ защиту въ beneficium excussionis по новел. 4-й.

(m) Этотъ случай вполнѣ тождественъ съ вышеприведеннымъ въ текстѣ Папиніана (§ 25, a): множество корреальныхъ должниковъ и сверхъ того взаимное ихъ поручительство. Громадный авторитетъ, которымъ пользовалось имя этого юриста, заставляетъ думать, что составитель новеллы имѣлъ въ виду этотъ текстъ. Не справедливо думаютъ защитники втораго мнѣнія (прим. h), что будто послѣднее, собственно говоря, вполнѣ совпадаетъ съ мнѣ-

женъ пользоваться преимуществами этого договора и, слѣдовательно, можетъ предъявить искъ въ полной суммѣ къ одному изъ должниковъ, по своему выбору. Судья (n) обязанъ, однако, вызвать и остальныхъ содолжниковъ, живущихъ въ томъ же мѣстѣ и состоятельныхъ къ платежу и всѣ они обязаны сообща удовлетворить кредитора, принимая на себя части несостоятельныхъ и отсутствующихъ (o). Эта новая процедура имѣетъ слѣдующія послѣдствія. Кредиторъ, получая полное вознагражденіе путемъ одного иска, направленнаго противъ отвѣтчика, котораго онъ самъ избираетъ, — достигаетъ своей цѣли по всей строгости права; изъ чьего кармана онъ получаетъ удовлетвореніе—для него безразлично. Съ другой стороны, отвѣтчикъ пріобрѣтаетъ то преимущество, что привлекаетъ къ платежу своихъ содолжниковъ,—стало быть преимущество аналогичное съ beneficium excussionis. Въ этомъ смыслѣ Юстиніанъ могъ основательно назвать свой законъ дополненіемъ 4-ой новеллы, такъ какъ послѣдняя не могла имѣть здѣсь прямаго примѣненія потому, что отвѣтчикъ былъ привлеченъ къ суду не въ качествѣ поручителя, а единственно въ качествѣ главнаго должника. Наконецъ этотъ новый законъ заключаетъ въ себѣ дальнѣйшее развитіе идеи Папиніана, только въ формѣ положительнаго законодательства.

Противъ такого толкованія возражали, что въ виду двойнаго обязательства упоминаемыхъ здѣсь должниковъ, въ качествѣ должниковъ главныхъ и поручителей, было бы нелѣпостью ослаблять право кредитора сравнительно съ тѣмъ случаемъ, когда должники обязываются только корреально, безъ поручительства. (p).

ніемъ, защищаемымъ нами,—въ томъ смыслѣ, что всякое корреальное обязательство заключаетъ въ себѣ и взаимное поручительство, и наоборотъ. Но при всемъ сходствѣ внѣшнихъ послѣдствій обѣихъ юридическихъ сдѣлокъ, послѣднія могутъ быть, по существу своему, различны.

(n) Разумѣется, не по обязанности своего званія, а когда отвѣтчикъ того проситъ.

(o) Само собою разумѣется, что они, по общему правилу, имѣютъ право послѣдующаго регресса къ послѣднимъ; объ этомъ, слѣдовательно, и не было надобности говорить особо.

(p) Vangerow стр. 86.

Но мы сейчасъ замѣтили, что новая процедура нисколько не ослабила правъ кредитора; что же касается до признанія въ этомъ случаѣ между содолжниками чего-то особеннаго, то оно вполнѣ основательно, такъ какъ въ силу взаимнаго поручительства они прямо объявляютъ свое желаніе вступить между собою въ болѣе тѣсную связь, чѣмъ обыкновенная. Для интересовъ же кредитора было вполнѣ достаточно одного простаго корреальнаго обязательства.

Важное доказательство справедливости изложеннаго толкованія новеллы мы находимъ у одного изъ прежнихъ авторитетовъ.—Юліаново извлеченіе изъ новеллъ только нѣсколькими годами новѣе закона, о которомъ идетъ рѣчь; оно передаетъ содержаніе закона точно также, какъ и мы (q).

Наконецъ съ критической точки зрѣнія мы ничего не можемъ возразить противъ законности и справедливости постановленій новеллы 99: право кредитора остается не прикосновеннымъ, а въ отношеніяхъ должниковъ не замѣчается ничего противуположнаго послѣдствіямъ, могущимъ возникнуть изъ позднѣйшаго регресса.—Правда, законъ этотъ не имѣлъ никакого практическаго значенія, такъ какъ сложная юридическая сдѣлка, о которой онъ говоритъ, могла встрѣчаться весьма рѣдко: но для насъ было важно показать невѣрность разсмотрѣнныхъ выше толкованій и отвергнуть ихъ.

§ 27.

III. Лица въ обязательствѣ. B. Обязательство корреальное. Дѣйствующее право.

Въ заключеніе скажемъ еще о положеніи этого института въ нашемъ дѣйствующемъ общемъ правѣ и другихъ новыхъ законодательствахъ.

Коренное отношеніе, установленное римскимъ правомъ, между долевымъ (дѣлимымъ) обязательствомъ, какъ правиломъ, и

(q) Juliani epit. Nov. Const. 92, cap. 348.

солидарнымъ, какъ возможнымъ исключеніемъ, осталось неизмѣннымъ, и въ дѣйствующемъ правѣ не представляется даже основанія измѣнять его (§ 16. 22.).

Изъ источниковъ обязательствъ исчезли стипуляція и литеральный контрактъ (§ 17). Большая часть послѣдствій осталась неприкосновенной; только освобожденіе въ силу litiscontestatio не встрѣчается уже въ юстиніановскомъ правѣ; акцептиляція и отчасти новація также потеряли для насъ значеніе (§ 18. 19) Случаи ненастоящей корреальности продолжаютъ существовать въ томъ же видѣ (§ 20. 21). Прибавилось нѣсколько новыхъ случаевъ.

Таковы: во 1-хъ, торговыя товарищества въ собственномъ смыслѣ; для которыхъ однако не выработалось новыхъ правилъ, чуждыхъ римскому праву. Каждый членъ товарищества есть, по принципу, и institor, который своими дѣйствіями обязываетъ прочихъ товарищей солидарно; стало быть, въ этомъ случаѣ примѣняется римское право. (а).

Во 2-хъ, сюда относятся и другія совершенно новыя формы, далеко превосходящія первую категорію своею важностью и общеупотребительностью. Пріобрѣтеніе находящагося въ обращеніи векселя даетъ каждому владѣльцу его право кредитора; предъ нимъ являются въ качествѣ корреальныхъ должниковъ различныя лица: векселедатель, акцептантъ, индосанты, которыхъ можетъ быть неограниченное число. Лицо уплатившее, по требованію, валюту вступаетъ вслѣдствіе передачи векселя во всѣ права кредитора по отношенію къ другимъ лицамъ; тотъ же результатъ наступаетъ послѣдовательно и для прочихъ плательщиковъ. Это юридическое отношеніе имѣетъ съ римскою корреальностью ту несомнѣнную аналогію, что кредиторъ можетъ требовать полнаго платежа отъ одного лица, по своему выбору; но вмѣстѣ съ тѣмъ оно отличается отъ римск. корреальности во многихъ существенныхъ пунктахъ. Здѣсь нѣтъ цессіи: она замѣняется уплатою и передачею векселя. Слѣдовательно платежъ, совершенный однимъ изъ содолжниковъ не ведетъ за собою погашенія всего обязательственнаго отноше-

---

(а) Thöl Handelsrecht. § 34 и слѣд., особенно § 38. Срав. выше § 21.

нія (какъ въ римскихъ корреальн. обязательств.) уплатившій становится только единственнымъ и дѣйствительнымъ кредиторомъ со всѣми правами прежняго кредитора. Между различными должниками не существуетъ товарищества, ни даже подобнаго ему отношенія; а потому объ уравнительныхъ разсчетахъ между ними здѣсь не можетъ быть и рѣчи.—Это необыкновенно важный юридическій институтъ существуетъ самостоятельно и особнякомъ. Было бы несправедливо, какъ примѣнять къ нему правила римской корреальности, такъ и стараться, на основаніи правилъ его формирующихъ, передѣлать истинную корреальность, разсмотрѣнную нами выше, считая вексельныя отношенія общимъ видомъ дѣйствующей теперь корреальности.

Наконецъ намъ осталось еще упомянуть о томъ, въ какой формѣ выразилась теорія корреальности въ главнѣйшихъ новыхъ законодательствахъ.

Прусское законодательство въ нѣкоторыхъ важнѣйшихъ пунктахъ уклонилось отъ общаго права, отчасти безъ сознательнаго желанія какихъ либо перемѣнъ.

Для взаимныхъ отношеній многихъ кредиторовъ, стоящихъ на одной сторонѣ обязательства, общее земское право даетъ слѣдующія опредѣленія.

Право противъ должника осуществляется всѣми кредиторами сообща въ видѣ общей собственности; по этому положительныя дѣйствія или отреченіе со стороны одного кредитора не могутъ ослабить правъ прочихъ кредиторовъ (b). Это постановленіе совершенно отличается какъ отъ правила, такъ и исключенія, признанныхъ въ римскомъ правѣ: съ одной стороны, здѣсь каждый кредиторъ порознь не можетъ осуществить претензіи въ своей части (что возможно было по римскому правилу), съ другой—онъ не можетъ также осуществить всей претензіи (что возможно было въ силу отношенія исключительной римской корреальности).—Приложеніе разсматриваемаго постановленія влечетъ за собой большія затрудненія и самый процессъ содержитъ въ себѣ правила, ему противорѣ-

---

(b) A. L. R. Fh. 1 тит. 5 § 450—453.

чащія, вслѣдствіе чего по крайней мѣрѣ въ нѣкоторыхъ случаяхъ оно вышло изъ употребленія въ судебной практикѣ. (c) Впрочемъ даже съ точки зрѣнія общаго земскаго права можно смѣло утверждать, что стороны по взаимному согласію могутъ установить и другое отношеніе, и не только претензію, принадлежащую многимъ кредиторамъ по частямъ, что не подлежитъ ни малѣйшему сомнѣнію, но также и истинныя отношенія корреальности, въ видѣ исключенія, получившаго полное развитіе въ римскомъ правѣ и требующаго для своего установленія согласія сторонъ.

Въ регламентаціи отношеній многихъ должниковъ (случаѣ болѣе употребительномъ, а слѣдовательно и важнѣйшемъ), общее земское право ближе примыкаетъ къ идеямъ римскаго права, принимая ихъ однако въ совершенно обратномъ смыслѣ. Именно за общее правило здѣсь признается корреальное отношеніе, а за исключеніе, требующее особеннаго опредѣленія—долгъ, дѣлимый по частямъ между многими кредиторами. (d) Это нововведеніе вызвано не только тѣмъ, что составители земскаго права нашли полезнымъ въ практическомъ отношеніи измѣнить общее право,—но и недостаточнымъ пониманіемъ истинныхъ принциповъ римскаго права. (e)

За тѣмъ укажемъ на слѣдующія второстепенныя постановленія земскаго права. Когда одинъ изъ корреальныхъ должниковъ уплатилъ весь долгъ, то онъ, по общему правилу, имѣетъ къ остальнымъ содолжникамъ право регресса въ равныхъ частяхъ. (f) Но въ другомъ мѣстѣ говорится, что на него вполнѣ переносится право кредитора (g); послѣднее есть право солидарное, а потому сказанное можно было бы пони-

---

(c) Koch. Forderungen. § 64. Lehrbuch. § 515. 517.

(d) A. L. R. ч. 1. тит. 5 § 424. 425.

(e) Изъ изрѣченій Суареца, содержащихся въ актахъ, ясно видно, что онъ желалъ возстановить древнѣйшее и чисто-римское право въ противоположность новымъ и произвольнымъ опредѣленіямъ новеллы 99-ой (какъ онъ понималъ ее вмѣстѣ съ другими). Koch. Forderungen § 61, гдѣ приведенъ рѣшительный текстъ. Срав. выше. § 26. 1.

(f) A. L. R. ч. 1. тит. 5 § 443—445.

(g) A. L. R. ч. 1., тит. 16. § 492—494.

мать въ томъ смыслѣ, что должникъ имѣетъ право искать съ своего ближайшаго содолжника (за вычетомъ своей части). Такое мнѣніе существовало на самомъ дѣлѣ (h).—Но отсюда возможно было бы вывести то ошибочное заключеніе, что должникъ уплатившій первымъ, въ случаѣ несостоятельности нѣкоторыхъ своихъ сотоварищей, можетъ перенести весь рискъ, сопряженный съ несостоятельностью на какого нибудь изъ состоятельныхъ должниковъ, — прямо вопреки упомянутому выше принципу общаго права, (§ 24. p. q).—Именно въ виду этого важнаго и опаснаго послѣдствія, то же земское право, дѣлаетъ ясное и противоположное постановленіе, что убытки подобной несостоятельности должны падать въ равныхъ частяхъ на всѣхъ состоятельныхъ должниковъ. (i)

Относительно обязательства, возникающаго изъ правонарушенія, учиненнаго многими лицами (ненастоящая корреальность) въ земскомъ правѣ находимъ правила, аналогическія съ римскими, однако съ слѣдующими модификаціями. Виновники правонарушенія признаются корреальными должниками; но обязанный уплатить все имѣетъ право регресса къ прочимъ. Только вслучаѣ преднамѣреннаго ущерба регрессъ не имѣетъ мѣста, и доля вознагражденія за ущербъ, падающая на содолжника, не привлеченнаго къ отвѣтственности, должна быть внесена имъ въ мѣстную кассу для бѣдныхъ. (k)

Французскій кодексъ вполнѣ согласенъ съ римскимъ правомъ, за исключеніемъ нѣкоторыхъ неважныхъ отступленій.

И здѣсь корреальность не составляетъ правила; она должна быть установлена ясно-выраженнымъ соглашеніемъ, какъ со стороны многихъ кредиторовъ, такъ и многихъ должниковъ. (l)

(h) Koch. Forderungen. § 66, стр. 33, гдѣ основательно опровергается это мнѣніе.

(i) A. L. R. ч. 1. тит. 5 § 447.

(k) A. L. R. ч. 1. тит. 6 § 29—35.

(l) Code civil art. 1197. 1202. — Исключенія существуютъ для ссуды одной и той же вещи многимъ лицамъ (art. 1887); далѣе въ брачномъ и торговомъ правахъ, въ которыхъ, впрочемъ, дѣйствуютъ принципы, отличные отъ римскихъ.

Слѣдствія—совершенно тѣже, что и въ римскомъ правѣ, только нѣсколько видоизмѣненныя.

Договоръ о невзысканіи, заключенный сокредиторомъ съ общимъ должникомъ, имѣетъ силу только по отношенію къ долѣ этого сокредитора; прочія части продолжаютъ существовать въ видѣ солидарнаго обязательства. Тоже послѣдствіе и въ случаѣ принятія должникомъ присяги, по требованію одного изъ кредиторовъ. (m)

Въ случаѣ confusio личности одного изъ корреальныхъ должниковъ съ кредиторомъ, долгъ погашается только въ части этого должника (n). Прощеніе долга одному изъ должниковъ погашаетъ его для всѣхъ; только при ясно выраженной оговоркѣ кредитора о сохраненіи за собою права по отношенію къ прочимъ должникамъ—прощеніе погашаетъ одну часть, упадающую на того должника, къ которому прощеніе относится. (o)

Австрійскій кодексъ еще ближе примыкаетъ къ римскому праву, нежели французскій.

И здѣсь корреальность не считается правиломъ ни съ активной, ни съ пассивной стороны; дѣйствіе ея должно быть, напротивъ, ясно обусловлено. Послѣдствія тѣже, что и въ римскомъ правѣ. (p)

Точно также и послѣдующій окончательный расчетъ (§ 23. 24) совершается по принципамъ, вполнѣ согласнымъ съ правильно понятымъ римскимъ правомъ. Когда одинъ изъ многихъ должниковъ уплатилъ весь долгъ, то онъ имѣетъ право требовать отъ каждаго изъ содолжниковъ для себя вознагражденія и, согласно принципу, по равной части. Убытки отъ

(m) Code civil art. 1198. 1365.

(n) Code civil art. 1209.

(o) Code civil art. 1284. 1285. — Стало быть, прощеніе трактуется здѣсь, по принципу, какъ римская акцептиляція, а не какъ римскій pactum, который, очевидно, ближе къ нынѣшнему праву, нежели акцептиляція. — Прибавленное къ нему исключеніе совершенно чуждо римскому праву.

(p) Oesterreichisches Gesetzbuch. § 891—894.

несостоятельности одного изъ содолжниковъ падаютъ на прочихъ въ равныхъ частяхъ.—Сокредиторъ, получившій съ общаго должника весь долгъ, не обязанъ, въ силу одной корреальности отношеній, въ уравнительному расчету съ прочими кредиторами; стало быть, такая обязанность можетъ возникнуть только изъ другихъ дополнительныхъ къ корреальности отношеній (q).

§ 28.

IV. Объектъ обязательства. Удовлетвореніе положительное, отрицательное, одновременное, длящееся.

Изъ четырехъ частей, составляющихъ содержаніе первой главы (§ 1. 2) и посвященныхъ изслѣдованію общей природы обязательствъ, намъ остается еще разсмотрѣть только четвертую: объектъ обязательства, который также можно назвать содержаніемъ послѣдняго.

Этотъ объектъ состоитъ изъ отдѣльныхъ дѣйствій лица, выдѣленныхъ изъ области его свободы и подчиненныхъ чужой волѣ: они составляютъ удовлетвореніе (Leistung) должника (§ 2).

Изложеніе видовъ удовлетворенія, какъ предмета обязательства, распадается на три части; каждая требуетъ особаго разсмотрѣнія.

A. Существо удовлетворенія; при этомъ необходимо изслѣдовать цѣлый рядъ возможныхъ противоположныхъ его свойствъ какъ то:

1. Положительное и отрицательное удовлетвореніе.
2. Одновременное и длящееся.
3. Дѣлимое и недѣлимое.
4. Возможное и невозможное.
5. Опредѣленное и неопредѣленное.

B. Мѣсто удовлетворенія.

C. Время удовлетворенія.

(q) Oester. Gesetzb. § 895. 896.

Первая противоположность, лежащая въ существѣ или характерѣ удовлетворенія, состоитъ, какъ мы видѣли, въ томъ, что послѣднее можетъ быть положительнымъ или отрицательнымъ, или, иначе, оно можетъ состоять въ дѣйствіи или бездѣйствіи.

Первый видъ важнѣйшій и употребительнѣйшій, второй представляется сравнительно рѣдкимъ и второстепеннымъ.

Въ нашихъ источникахъ права находятся слѣдующія примѣненія втораго вида удовлетворенія, вполнѣ очерчивающія его характеръ. Извѣстное лицо можетъ обѣщать, что само оно (и его наслѣдники) не будутъ препятствовать третьему лицу владѣть извѣстною вещью, или ходить и ѣздить по землѣ обѣщающаго (a). Подобное соглашеніе выражаетъ обязанность воздерживаться не только отъ фактическихъ нарушеній безспорнаго права, но и отъ юридическихъ претензій; такъ что подобное обязательство будетъ имѣть извѣстныя аналогическія (только слабѣйшія) послѣдствія, какъ и перенесеніе права собственности или установленіе сервитута, и въ послѣднемъ случаѣ оно можетъ имѣть примѣненіе главнымъ образомъ тамъ, гдѣ существуютъ какія либо юридическія препятствія къ установленію истиннаго сервитута.

Другой случай относится къ рыболовству на морскомъ берегу. Собственно говоря, право ловить рыбу принадлежитъ всѣмъ, а въ особенности тому, кто, въ качествѣ собственника берега, захочетъ воспользоваться выгодами моря. Если, такимъ образомъ, собственникъ этотъ, въ интересахъ своего сосѣда, обязывается воздерживаться отъ рыболовства, чтобы устраненіемъ конкурренціи дать сосѣду возможность поймать больше рыбы,—то изъ этого договора для обѣщающаго и его наслѣдниковъ возникаетъ простое обязательство бездѣйствовать (b). Подобное же отношеніе наступитъ и въ томъ слу-

---

(a) L. 75 § 5, L 83 pr., L. 85 § 3 de V. O. (45. 1). Точно также: dolum abesse, или amplius non agi L. 4 pr. § 1 eod.

(b) L. 13 pr. comm. praed. (8. 4). Этотъ, весьма поучительный текстъ, замѣчаетъ, что подобное условіе, обязывая всѣхъ будущихъ постороннихъ собственниковъ земли, могло-бы имѣть силу обязательства, а не сервитута, такъ какъ право рыболовства, отъ

чаѣ, когда ремесленникъ, желающій избавиться что конкурренціи третьяго лица въ своемъ околодкѣ, получаетъ отъ него обѣщаніе никогда не заниматься тамъ ремесломъ.

Положительное удовлетвореніе, какъ предметъ обязательства, выражается двояко, въ формѣ: что-либо дать или что либо сдѣлать въ собственномъ смыслѣ слова.

Подъ формою дать мы понимаемъ удовлетвореніе, имѣющее цѣлью произвести такую перемѣну въ вещномъ правѣ, вслѣдствіе которой должникъ обязанъ передать кредитору собственность, или другое вещное право; или, покрайней мѣрѣ, временное пользованіе вещью, простое осуществленіе какого либо вещнаго права. Слѣдовательно, выраженіе дать употребляется то въ обширномъ, то въ тѣсномъ смыслѣ. Его примѣняютъ даже къ дѣйствіямъ, не имѣющимъ никакого отношенія къ вещному праву, но стремящимся просто увеличить собственность кредитора—передачею ему долговой претензіи (напр. посредствомъ цессіи), или даже освобождая его отъ долга, что совершенно тождественно съ увеличеніемъ имущества.

Форма что либо сдѣлать обнимаетъ собою всѣ дѣйствія, не входящія въ установленное нами понятіе что либо дать.—Важнѣйшими изъ этихъ дѣйствій представляются тѣ, которыя обозначаются общимъ названіемъ трудъ, сущность котораго состоитъ въ напряженіи (физическихъ или умственныхъ) силъ.—Но и трудъ, какъ объектъ обязательства, имѣетъ, главнымъ образомъ, цѣлью пріобрѣтеніе или обработку вещей (c), хотя намъ извѣстенъ трудъ и болѣе личнаго свойства, напр. обязанности прислуги. Впрочемъ есть множество дѣйствій въ смыслѣ объекта обязательства, которыя ни коимъ образомъ не подходятъ подъ понятіе труда; сюда въ

котораго отказывается настоящій собственникъ, не вытекаетъ изъ поземельной собственности, но составляетъ общее право всѣхъ людей на море, какъ на res communis. § 1. J. de rer. div. (2. 1).—Къ отрицательнымъ обязательствамъ принадлежатъ также нѣмецкіе Bannrechte, о сущности которыхъ мы уже говорили выше (§ 15).

(c) Особенно важенъ случай, когда трудъ стремится произвести опредѣленную вещь (opus facere), напр. построить домъ или зданіе. Объ особенной природѣ такого удовлетворенія срав. ниже § 32.

особенности относятся разнообразныя и важнѣйшія дѣйствія, производящія юридическія сдѣлки и могущія также служить объектомъ обязательства. Напр. кто нибудь обѣщаетъ стать поручителемъ за другаго; сущность обѣщаннаго дѣйствія состоитъ не въ маловажномъ напряженіи силъ, состоящемъ въ принятіи на себя (словесно или письменно) поручительства,— но въ необходимости вступить въ юридическую сдѣлку, сопряженную, съ одной стороны, съ рискомъ, съ другой —съ выгодами оправданнаго кредитора.

При этомъ будетъ кстати упомянуть объ отношеніи установленныхъ здѣсь понятій къ римской терминологіи. Выраженіямъ что либо дать и сдѣлать соотвѣтствуютъ вообще римскія—dare и facere (d).—Въ частности, dare часто и исключительно обозначаетъ непосредственную передачу собственности или установленіе сервитута, по строгому праву (ex jure quiritium); въ этомъ же значеніи употребляется это выраженіе въ стипуляціяхъ и въ исковыхъ формулахъ; въ другихъ случаяхъ ему придается тотъ же широкій смыслъ, какой дается нѣмецкому выраженію geben (дать) (e).

Сопоставленіе словъ dare и facere встрѣчается очень часто въ древнихъ исковыхъ формулахъ, какъ строгихъ (condictiones), такъ и свободныхъ, но только въ искахъ цивильныхъ, а не преторскихъ.

Здѣсь же иногда упоминается о третьемъ выраженіи—praestare, такъ что полная формула гласитъ: dare, facere, prae-

---

(d) L. 2 pr. de V. O. (45. 1) „Stipulationum autem quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt.“ Само собою разумѣется, что удовлетвореніе можетъ состоять изъ смѣшенія обоихъ формъ L. 82 de cond. (35. 1), L. 13 C. de contr. stip. (8. 38).—Таже мысль выражается еще такъ: „Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta.“ § 7 J. de verb. obl. (3. 15).

(e) Savigny System т. 5. Приложеніе XIV. № V прим. i.—Göschen, Grundriss zu Pandecten Vorlesungen § 383. Указанія на узкій смыслъ слова dare: Gajus IV § 4, L. 75 § 10 de V. O. (45. 1), L. 167 pr de R. J. (50. 17); для широкаго значенія того же слова см. L. 3 pr. de usufr. (7. 1),—Точно такой же тѣсный и обширный смыслъ представляетъ и слово facere, противополагающееся dare.

stare. Нельзя сказать, чтобы эти три выраженія встрѣчались рядомъ въ одной отдѣльной формулѣ; но только въ этомъ общемъ ихъ перечисленіи praestare намекаетъ на древній искъ йзъ деликта, въ формулахъ котораго не встрѣчается dare и facere (f). Сопоставленіе трехъ выраженій встрѣчается въ опредѣленіи обязательствъ (g); но оно безъ сомнѣнія заимствовано изъ цитатъ, относящихся къ исковымъ формуламъ, а потому не слѣдуетъ думать, что ими обозначались три различныя формы удовлетворенія.

Также осторожно слѣдуетъ относиться къ мнѣнію довольно распространенному, по которому выраженія dare и facere обозначаютъ рѣзкую и опредѣленную противоположность, такъ что каждому изъ обоихъ понятій соотвѣтствуютъ особенныя и отличныя одна отъ другой юридическія нормы. Такое мнѣніе не вяжется съ упомянутою нами эластичностью обоихъ выраженій. Ему также противорѣчитъ то обстоятельство, что въ римскихъ исковыхъ формулахъ стоитъ просто выраженіе dare oportet, даже когда дѣло идетъ о римской собственности и сервитутахъ; тогда какъ facere нигдѣ не встрѣчается особнякомъ, но всегда въ формѣ dare facere oportet; во всѣхъ другихъ случаяхъ обязательство dare является въ комбинаціи съ facere и тогда нѣтъ никакой возможности и необходимости ихъ разлучать. Оставляя въ сторонѣ упомянутую нами эластичность обоихъ выраженій и принимая dare въ его тѣсномъ смыслѣ, мы увидимъ, что противоположное ему выраженіе facere окажется на столько широкимъ и охватывающимъ такъ много самыхъ разнородныхъ случаевъ, что такое неопредѣленное, чисто отрицательное понятіе не

(f) Savigny System т. 5. Приложеніе XIV N. XXV — XXIX. Puchta Vorlesungen. § 219.

(g) L. 3 pr. de O. et A. (44. 7) „Obligationum substantia.. in eo consistit.. ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.“ Срав. Savigny въ указ. м. стр. 602. Нѣкоторые авторы неправильно считаютъ praestandum удовлетвореніемъ, смѣшаннымъ изъ dare и facere (прим. d); это слово вовсе не выражаетъ спеціальной формы, противоположной двумъ другимъ.

возможно подвести подъ какое либо важное юридическое правило (h).

2. Другая существенная противоположность удовлетворенія состоитъ въ томъ, что послѣднее можетъ быть или одновременное или длящееся.

Подъ одновременными удовлетвореніями разумѣются такія, которыя осуществляются въ одинъ моментъ или не требуютъ для свбего совершенія никакого періода времени, не принимая, конечно, въ расчетъ тотъ ничтожный и безразличный промежутокъ времени, который все-таки для нихъ необходимъ.

Къ такого рода дѣйствіямъ, особенно важнымъ и употребительнымъ въ гражданскомъ оборотѣ, принадлежитъ передача денегъ (платежъ) и другихъ вещей.

Отличительный характеръ этого вида удовлетворенія состоитъ въ томъ, что съ совершеніемъ его всегда совпадаетъ погашеніе или уничтоженіе обязательства.

Длящееся (періодическое) удовлетвореніе всегда требуетъ извѣстнаго періода времени, такъ что наполнять это время — есть свойство удовлетворенія.

Этотъ періодъ, составляющій его отличительный характеръ, можетъ быть ограниченъ и неограниченъ. Онъ можетъ быть обусловленъ напередъ опредѣленною мѣрою времени (мѣсяцъ, годъ и т. д), или какимъ либо событіемъ случайнымъ, произвольнымъ (напр. извѣщеніемъ). Въ первомъ случаѣ продолжительность и конецъ обязательства извѣстны, во второмъ — неизвѣстны.

(h) Facere означаетъ всякую вообще дѣятельность, которую можно представить себѣ въ видѣ удовлетворенія, куда слѣдовательно между прочимъ принадлежитъ и dare, т. е. непосредственная передача собственности или установленіе сервитута ex jure quiritium. L. 218 de V. S. (50. 16. Papin.) „Verbum facere omnem omnino faciendi causam complectitur, dandi, solvendi, numerandi, judicandi, ambulandi“ (слѣдовательно также дѣятельность юридическая и неюридическая). По этому, если во многихъ случаяхъ, въ особенности въ исковыхъ формулахъ, dare, facere сопоставляются какъ различныя и противоположныя формы, то, безъ сомнѣнія, въ такомъ смыслѣ: dare или другой какой либо родъ дѣятельности, а въ такомъ facere— чисто отрицательномъ невозможно признать опредѣленнаго юридическаго понятія или субстрата для юридической нормы.

Если періодъ времени неограниченъ, то обязательство безсрочно или безконечно. Такими часто представляются упомянутыя выше отрицательныя обязательства, которыя, по большей части, однако находятъ для себя не очень отдаленный конечный пунктъ въ самой природѣ юридическаго отношенія. Къ этому же виду удовлетворенія можно отнести существующія въ нѣмецкомъ правѣ Reallasten и Bannrechte (§ 15).

§ 29.

IV. Объектъ обязательства. Дѣлимое и недѣлимое удовлетвореніе.

Важнѣйшіе тексты источниковъ:

L. 2. 3. 4. 72. 85 de V. O. (45. 1).

Литература.

Sc. Gentilis de dividuis et individuis obligationibus; Opp. T. 1 p. 89—174.

Rubo Erklärung von L. 2. 3. 4. 85 de V. O. Berlin 1822. 8.

Ribbentrop (1831) § 21—24.

Scheurl Comm. ad L. 2. 3. 4. 72. 85 de V. O. Erlangae 1835.

Vangerow стр. 7—17 и § 340. Anm. 2. b.

3. Третья существенная противоположность удовлетворенія состоитъ въ томъ, что оно можетъ быть дѣлимо и недѣлимо—свойство, которое придается обыкновенно и самому обязательству.—Изслѣдованіе этихъ видовъ удовлетворенія требуетъ подробнаго изложенія руководящихъ принциповъ.

Зависимость цѣлаго и частей проявляется въ различныхъ юридическихъ отношеніяхъ и въ самыхъ разнообразныхъ формахъ. Смѣшеніе этихъ отношеній и связанныхъ съ ними неопредѣленныхъ терминовъ привело нашихъ юристовъ къ различнымъ заблужденіямъ.

Здѣсь мы коснемся только отношенія цѣлаго къ частямъ примѣнительно къ обязательствамъ. Но примѣненіе можетъ

быть ясно понято только послѣ нагляднаго изложенія самаго отношенія вообще.

За исходный пунктъ изслѣдованія мы можемъ принять извѣстную единицу и разсматривать ее сначала какъ цѣлое и затѣмъ аналитически разложить на части; но мы также можемъ принять самую единицу за часть, а затѣмъ синтетически связать ее съ другими единицами и построить изъ нихъ новое и обширнѣйшее цѣлое.

Оба эти способа, раздробленіе и соединеніе — мы можемъ приложить и къ вещамъ, и къ правамъ.

Говоря о дѣлимости вещей на части и о соединеніи ихъ въ обширнѣйшее цѣлое, мы разумѣемъ здѣсь подъ вещью, принимаемою нами за единицу, часть несвободнаго міра ограниченную пространствомъ, способную быть предметомъ собственности и неизъятую изъ частнаго обладанія спеціальнымъ закономъ (а).

Говоря за тѣмъ о возможности дѣленія вещи или о ея дѣлимости, мы должны признать прежде всего, что въ естественномъ смыслѣ всѣ вообще вещи способны дѣлиться на части, слѣдовательно дѣлимы. А потому, если мы тѣмъ не менѣе различаемъ вещи дѣлимыя и недѣлимыя, то мы имѣемъ здѣсь въ виду то юридическое отношеніе, предметомъ котораго можетъ быть вещь, а также и способъ ограниченія, вслѣдствіе котораго отдѣльная вещь становится единицею, отличною отъ другихъ вещей. При этомъ нужно, главнымъ образомъ, различать недвижимыя вещи (участки земли) и движимыя.

Участки земли, какъ составные элементы сплошной земной поверхности, могутъ быть разграничены, какъ единицы, только волею человѣка; и это разграниченіе опредѣляется то юридическими отношеніями, то обычаемъ и способомъ пользованія. Поэтому, называя ту или другую часть земной поверхности полемъ, лугомъ, усадьбою, мы исключительно руководствуемся произвольнымъ разграниченіемъ. Про-

---

(а) Savigny System. т. I. стр. 338.

изволъ нашъ, по существу своему, непостояненъ и измѣнчивъ; а потому является сама собою возможность создавать въ предѣлахъ уже установившихся разграниченій новыя болѣе узкія границы; отсюда безконечная дѣлимость земной поверхности. Части, происшедшія отъ такого дѣленія, совершенно однородны между собою и съ цѣлымъ (b).

Только земля подъ строеніемъ недѣлима. Хотя въ юридическомъ смыслѣ строеніе составляетъ часть (принадлежность) земли и всегда принадлежитъ и должно принадлежать собственнику послѣдней, но земля въ связи съ строеніемъ образуетъ самостоятельное (искусственное) цѣлое, съ раздробленіемъ котораго на части исчезнетъ и понятіе о цѣломъ (c).

Совершенно иной характеръ имѣютъ движимыя вещи; онѣ съ точки зрѣнія пространственнаго разграниченія представляются единицами, независимыми отъ измѣнчиваго человѣческаго произвола. Каждая такая единица образуетъ самостоятельное цѣлое (d), то естественное (каковы живыя животныя), то искусственное (напр. домашняя утварь и художественное произведеніе).

Хотя подобныя единицы сами по себѣ также дѣлимы, но въ смыслѣ юридическомъ мы называемъ ихъ недѣлимыми и считаемъ ихъ таковыми въ двухъ различныхъ случаяхъ (e): во

(b) Хотя отдѣльныя части могутъ различаться своею добротою и стоимостью, но это не мѣшаетъ имъ быть однородными въ смыслѣ участковъ земли.

(c) Послѣ разрушенія зданія остаются строительные матеріалы, т. е. движимыя вещи нетождественныя ни между собою, ни съ цѣлымъ. Дѣленіе одного дома на нѣсколько домовъ возможно только случайно и при условіи существенной передѣлки, т. е. путемъ, неимѣющимъ ничего общаго съ простымъ проведеніемъ новыхъ границъ въ полѣ или на лугу. Сравн. объ этомъ L. 6 § 1 comm. praed (8. 3). Коренное различіе между строеніями и поземельными участками состоитъ въ томъ, что выдающаяся особенность послѣднихъ, это—поверхность, способная къ измѣренію (на ней могутъ находиться и строенія), въ строеніяхъ же, разсматриваемыхъ отдѣльно, главное—это особенная форма, искусственно придаваемая землѣ.

(d) L. 23. § 5 de rei vind (6. 1).

(e) Оба эти случая весьма рѣзко разграничены въ L. 26 § 2 de leg. 1 (30 un.) „sin autem vel naturaliter indivisae sint, vel sine dimno davisio earum fieri non potest, aestima-

1-хъ, когда вслѣдствіе дѣленія теряется понятіе о цѣломъ въ томъ смыслѣ, что части не тождественны между собою и съ цѣлымъ, какъ напр. у живыхъ животныхъ, домашней утвари, художественнаго произведенія; во вторыхъ, когда дѣленіе, не уничтожая тождественности частей, влечетъ за собою уменьшеніе цѣнности или полезности цѣлаго. Сюда принадлежатъ: драгоцѣнные камни, зеркала, зеркальныя стекла, доски (при чрезмѣрномъ дѣленіи онѣ сохраняютъ только незначительную цѣнность въ смыслѣ горючаго матеріала) и т. д. — Затѣмъ вполнѣ дѣлимыми считаются только такія движимыя вещи, при дѣленіи которыхъ не исчезаетъ понятіе цѣлаго и не уменьшается общая стоимость. Къ нимъ относятся слитки неочищенныхъ металловъ, матеріалъ, не переработанный еще въ носильное платье и т. д.

Изъ этихъ соображеній слѣдуетъ, что дѣленія недвижимыхъ и движимыхъ вещей существенно различаются между собою. Первое совершается простымъ измѣненіемъ границъ, не имѣющимъ сколько нибудь замѣтнаго вліянія на самую вещь; послѣднее сопровождается матеріальнымъ разрушеніемъ существующаго сцѣпленія частицъ и измѣненіемъ внѣшняго вида вещи.

Что же касается соединенія отдѣльныхъ вещей въ одно новое цѣлое, то и въ этомъ отношеніи является различіе между вещами недвижимыми и движимыми. — Соединеніе многихъ полей или луговъ въ одну недвижимость, какъ и объединеніе одной усадьбы, совершается тѣмъ же путемъ, какъ и раздробленіе, т. е. простымъ проведеніемъ границъ. Въ движимыхъ вещахъ новое искусственное цѣлое (universitas) выражается только въ общемъ названіи и пользованіи безъ замѣтнаго измѣненія отдѣльныхъ вещей, входящихъ въ составъ цѣлаго.

---

tio... praestanda est," Къ первому случаю относится L. 35 § 3 de rei vind. (6. 1) „quae sine interitu dividi non possunt." О случаѣ уменьшенія стоимости вслѣдствіе дѣленія въ текстѣ упоминается только по отношенію къ такимъ вещамъ, гдѣ такое послѣдствіе вообще вытекаетъ изъ самой природы вещей; но это уменьшеніе можетъ быть результатомъ отличительныхъ свойствъ отдѣльной вещи; такъ напр. раздробленіе поземельнаго участка нерѣдко влечетъ за собою уменьшеніе общей его стоимости.

Такова библіотека, стадо скота, инвентарь какого либо имѣнія и т. п.

Оба способа видоизмѣненія вещей (дѣленіе и соединеніе) особенно часто встрѣчаются при квантитетахъ. Сущность послѣднихъ состоитъ въ томъ, что они опредѣляются только числомъ, мѣрою и вѣсомъ, причемъ ихъ первоначальное единство не имѣетъ особенной стоимости и отличительнаго характера (f).

Первоначальное единство есть здѣсь денежная единица, талеръ (искусственное цѣлое), отдѣльное пшеничное зерно (естественное цѣлое), — и то и другое — не дѣлимы, такъ какъ отъ ихъ раздробленія получатся части неоднородныя. Но подобныя единицы являются соединенными въ большія массы, которыя въ такомъ случаѣ часто индивидуализируются (g) и подвергаются дѣленію посредствомъ исчисленія, мѣры и вѣса также произвольно, легко и вѣрно, какъ поземельные участки проведеніемъ границъ.

Жидкія тѣла не имѣютъ даже первоначальнаго единства; оно предается имъ только искусственно путемъ заключенія ихъ въ твердыя тѣла.

§ 30.

IV. Объектъ обязательства. Удовлетвореніе дѣлимое и недѣлимое. (Продолженіе).

Переходимъ къ изслѣдованію дѣлимости и соединенія п р а в ъ. Эти процессы имѣютъ здѣсь не такое значеніе, какъ при вещахъ. Въ нѣкоторыхъ отдѣлахъ правъ они вовсе не имѣютъ мѣста; таково, напр. семейственное право (a);—слѣдователь-

---

(f) Savigny. System. т. 6. § 268.

(h) Такъ напримѣръ когда свертки или пакеты въ 50, 100, 500, талеровъ обозначаются штемпелями или надписями; тоже значеніе имѣютъ и мѣшки съ пшеницею.

(a) Конечно, одна и таже опека можетъ отправляться многими опекунами, но послѣдніе, по своему положенію, не могутъ быть сравниваемы съ общими собственниками, а развѣ сочленами ка-

но ихъ примѣненіе ограничивается только областью имущественныхъ правъ, за немногими исключеніями. Однако значеніе ихъ въ приложеніи къ вещнымъ и обязательственнымъ правамъ не совсѣмъ одинаково. Въ вещномъ правѣ собственность и въ этомъ отношеніи, какъ вездѣ, представляется основою, къ которой болѣе или менѣе примыкаютъ остальные институты.

1. Собственность.

Здѣсь мы должны принять за точку отправленія понятіе общности, т. е. право собственности, принадлежащее одновременно многимъ лицамъ на одну и туже вещь. Подобное отношеніе мы называемъ общею собственностью, (Miteigenthum), а по римски—communio (b).

Общая собственность возникаетъ различнымъ образомъ; то путемъ первоначальнаго пріобрѣтенія вещи, при чемъ послѣдняя переходитъ ко многимъ лицамъ сообща чрезъ передачу или преемство; то путемъ допущенія однимъ сособственникомъ другихъ лицъ къ владѣнію вещью въ качествѣ сособственниковъ.

Взаимныя права общихъ собственниковъ по отношенію другъ къ другу опредѣляются въ ученіи о собственности. Изъ понятія о собственности, какъ исключительнаго и неограниченнаго господства надъ вещью, прежде всего слѣдуетъ, что каждому изъ нихъ не можетъ принадлежать вся собственность надъ вещью (in solidum) (c). За тѣмъ, нужно имѣть въ виду, что права каждаго необходимо должны быть однородны (качественно, Qualität) (d), но въ тоже время могутъ быть то равной,

---

кого нибудь оффиціальнаго учрежденія, такъ какъ и они отправляютъ своего рода службу.

(b) Новѣйшіе писатели болѣе употребляютъ неримское выраженіе—condominus и condominium.

(c) L. 5 § 15 commod. (13. 6) „Et ait, duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse“... L. 5. de stip. serv (45. 3), см. ниже. Прим. е. Срав. Savigny. System. т. 1. § 56.

(d) Начиная съ среднихъ вѣковъ, нерѣдко высказывался взглядъ, что собственность на одну и туже вещь можетъ, даже въ формѣ разнородныхъ правъ, принадлежать одновременно многимъ. — Такая собственность называлась dominium divisum, а ея неоднородныя части dominium directum и utile,—такое понятіе главнымъ образомъ прилагалось къ эмфитевзису, къ суперфиціи и къ ленамъ

то неравной величины (количественно, Quantität). Такимъ образомъ, права отдѣльныхъ сособственниковъ представляются ч а с т я м и собственности на эту вещь, и именно идеальными или интеллектуальными (e) частями, числовыми или квотами; объемъ ихъ всегда выражается числовыми отношеніями, т. е. долею цѣлой собственности на вещь.

Эта общая собственность возможна по отношенію къ вещамъ всякаго рода: движимымъ и недвижимымъ, дѣлимымъ и недѣлимымъ; она равно примѣнима и къ древней собственности et jure Quiritium, и къ in bonis, а также и къ фиктивной, но образованной по типу истинной собственности—къ bonae fidei possesio (f). И такъ, собственность должна считаться п р а в о м ъ д ѣ л и м ы м ъ до безконечности.

Общность собственности можетъ прекращаться различными способами.—Это прекращеніе бываетъ слѣдствіемъ пріобрѣтенія однимъ изъ общихъ собственниковъ частей прочихъ сотоварищей по добровольному согласію, или по наслѣдству, или же вслѣдствіе отчужденія всѣхъ частей постороннему лицу; въ обоихъ случаяхъ разрозненныя прежде части снова соединяются въ однихъ рукахъ. Но такое прекращеніе можетъ совершиться и другимъ способомъ; именно вслѣдствіе р е а л ь н а г о д ѣ л е н і я, т. е. раздробленія вещи, составляющей предметъ собственности, на реальныя части (§ 29), которыя затѣмъ вымѣниваются однѣ на другія,—такой процессъ также влечетъ за собою уничтоженіе общности. Реальное дѣленіе, по существу своему, возможно только в ъ тѣхъ случаяхъ, когда предметомъ собственности служитъ в е щ ь д ѣ л и м а я (§ 29). О такомъ дѣленіи упоминается чаще всего и оно легче всего примѣнимо къ поземельнымъ участкамъ (fundus regionibus divisus).—На прекращеніе тѣмъ или другимъ способомъ общно-

---

Эти воззрѣнія и терминологія чужды римскому праву; ему извѣстны только собственность и jura in re; къ послѣдней категоріи относятся также эмфитевзисъ и суперфицій.

(e) Это выраженіе встрѣчается въ L. 5 d e s t i p. s e r v. (45. 3) „Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut i n t e l l e c t u magis partes habeant quam corpore."

(f) L. 12 § 6, L. 7 § 8. 9. d e p u b l i c. (6. 2).

сти всякій изъ общихъ собственниковъ имѣетъ безусловное право даже вопреки желанію другихъ (g); за отсутствіемъ свободнаго согласія способъ прекращенія опредѣляется судьей.

Для избѣжанія смѣшенія понятій слѣдуетъ обратить вниманіе на различныя значенія выраженій: доля, дѣленіе и дѣлимость. Смыслъ ихъ въ примѣненіи къ вещамъ уже объясненъ выше (§ 29). Въ приложеніи къ общей собственности д о л е ю называется квота, принадлежащая каждому отдѣльному общему собственнику. Дѣленіе обозначаетъ здѣсь превращеніе собственности, принадлежащей одному лицу, въ общую, — или вслѣдствіе свободнаго согласія лицъ или по общему юридическому принципу — именно по преемству. Дѣлимою въ этомъ смыслѣ называется всякая собственность безъ исключенія. Реальное дѣленіе есть одинъ изъ способовъ прекращенія общности (h), т. е. отрицаніе существующихъ прежде долъ (квотъ) въ выше указанномъ смыслѣ; оно совершается разложеніемъ вещи (конечно, дѣлимой) на реальныя части и замѣною прежнихъ квотъ, принадлежавшихъ собственникамъ, соотвѣтственными реальными частями.

О римскихъ техническихъ выраженіяхъ необходимо замѣтить слѣдующее: Partes indivisae или pro indiviso означаютъ квоты существующей общности (communio pro indiviso, res communis pro indiviso) (прим. e). Partes pro diviso или divisae (часто съ прибавкою regionibus) обозначаютъ реальныя части, разграниченіе которыхъ ведетъ къ прекращенію общности, т. е. partes indivisae (прим. h).

Строго говоря, намъ слѣдовало бы пользоваться только выраженіями communio и res communis p r o i n d i v i s o; но эта терминологія проведена не всегда послѣдовательно: иногда говорится также и o res communis pro diviso, при чемъ разумѣется общность, бывшая до раздѣленія (i). Эта неустановившаяся терминоло-

---

(g) L. 8 pr. c o m m. d i v. (10. 3), L. 5 C. e o d. (3. 37),

(h) L. 1 pr. f a m. h e r c. (10. 2) „a communione d i s c e d e r e.“ L. 1 c o m m. d i v. (10. 3) „ad communium rerum divisionem.“

(i) L. 5 § 16 d e r e b. e o r. (27. 9) „Communia praedia...si pro diviso communia sint.“ L. 43 pr. d e p o s s. (41. 2). L. 29 d e a d q u. r e r. d o m. (41. 1). Въ послѣднемъ текстѣ выраженіе относится

гія не имѣетъ сама по себѣ большаго значенія, такъ какъ рядомъ съ нею проводится то существенное различіе, что истинная communio состоитъ въ продолжительномъ и дѣйствительномъ юридическомъ отношеніи отдѣльныхъ собственниковъ другъ къ другу; тогда какъ при такъ называемой communio— нѣтъ другаго юридическаго отношенія, кромѣ вытекающаго изъ смежности, соприкасающихся границами, участковъ. Такое положеніе, къ которому и относится упомянутое ложное названіе возможно, впрочемъ, только при поземельныхъ участкахъ, произвольное разграниченіе которыхъ не уничтожаетъ еще вида ихъ первоначальнаго состоянія. При вещахъ движимыхъ можно представить себѣ только идеальныя доли, такъ какъ въ этомъ случаѣ реальное дѣленіе вполнѣ уничтожаетъ всякій видъ ихъ прежней связи (k).

Древній юристъ К. Муцій хотѣлъ даже выраженіе pars вообще ограничить понятіемъ интеллектуальный, частный, такъ что всякая часть, происходящая отъ реальнаго дѣленія должна была называться уже не pars, а totum.

Сервій же, напротивъ, защищалъ термины partes divisae и indivisae; его мнѣніе и получило, очевидно, всеобщее признаніе у позднѣйшихъ писателей (l).

Все сказанное нами о легкомъ и разнообразномъ примѣненіи къ поземельнымъ участкамъ интеллектуальныхъ частей и реальнаго дѣленія можетъ быть примѣнено еще въ большой степени, къ квантитетамъ.—Для послѣднихъ совершено безразлично: будемъ-ли мы относить интеллектуальныя доли къ отдѣльнымъ монетамъ или зернамъ хлѣба, или-же къ массѣ ихъ, какъ цѣлому (m).

II. Владѣніе.

Существенный характеръ владѣнія состоитъ въ осуществленіи собственности; а потому въ юридической теоріи о частяхъ

къ естественному единству участковъ, находящихся на одномъ островѣ.

(k) L. 5 § 15 commod. (13. 6), L. 23 § 5 de rei vind. (6. 1). На зданіе, какъ и на движимость возможна собственность многихъ только въ формѣ идеальныхъ частей. Срав. выше. § 29 c.

(l) L. 25 § 1 d V. S. (50. 16).

(m) L. 94 § 1 de solut. (46. 3). L. 29 eod.

къ владѣнію примѣнимо все сказанное нами о собственности (n).

Communio pro indiviso (pro partibus indivisis) возможна при вещахъ всякаго рода, движимыхъ и недвижимыхъ, дѣлимыхъ и недѣлимыхъ.

Напротивъ, владѣніе многихъ лицъ pro partibus divisis возможно только по отношенію къ поземельнымъ участкамъ, но не къ движимости (o); и даже въ первомъ случаѣ за исключеніемъ строеній (прим. k).

Всѣ изложенные принципы равно приложимы и къ юридическому и къ чисто естественному владѣнію, слѣдовательно, въ частности къ владѣнію жильца, арендатора и узуфруктуарія.

III. Эмфитевзисъ. Къ нему вполнѣ примѣнимы принципы, относящіеся къ собственности на поземельный участокъ,—а

IV. къ суперфицію—принципы собственности на строеніе.

V. Узуфруктъ. Къ нему слѣдуетъ отнести все, сказанное выше о собственности, и въ частности—о безграничной дѣлимости на интеллектуальныя части вещей всякаго рода (p),—на томъ основаніи, что господствующій элементъ узуфрукта и отличительный его характеръ состоитъ въ правѣ собственности на плоды, приносимые вещью.

VI. Поземельные сервитуты.

Они безусловно недѣлимы, такъ что у нихъ не бываетъ ни интеллектуальныхъ частей, ни реальнаго дѣленія.

Этотъ важный принципъ въ особенности часто упоминается по поводу дорожныхъ сервитутовъ, но онъ также вѣренъ и по отношенію къ сервитуту водопроводному и къ прочимъ поземельнымъ сервитутамъ (q).

(n). Savigny. Recht des Besitzes § 22.

(o) L. 8 de rei vind. (6. 1).

(p) L. 5 de usufr. (7. 1). L. 19 de usu (7. 8), L 13 § 1 de accept. (46. 4).

(q) L. 2 § 1, L. 72 pr. de V. O. (45. 1).—Въ какомъ собственно смыслѣ слѣдуетъ понимать дѣленіе по отношенію къ водяному пути—это можетъ быть ясно изложено только въ ученіи о сер-

Дѣйствительнымъ субъектомъ подобнаго сервитута является не лицо, но поземельный участокъ, т. е. всякій его собственникъ. При наличности многихъ общихъ собственниковъ одного поземельнаго участка (по интеллектуальнымъ частямъ),— можно было бы, по видимому, каждому изъ нихъ приписать и соотвѣтствующую долю сервитута. Но въ дѣйствительности каждому принадлежитъ весь сервитутъ безраздѣльно. Не возможно идти или ѣхать по одной дорогѣ только отчасти (напр. вполовину),—а потому необходимо, чтобы всякій изъ собственниковъ могъ пользоваться сервитутомъ вполнѣ, какъ единственный собственникъ.

VII. Usus.

Этотъ сервитутъ, по свойству своему, всегда принадлежитъ одному лицу, чѣмъ и отличается отъ узуфрукта. Поэтому онъ, какъ и сервитуты, недѣлимъ.—Принципъ этотъ признанъ и нашими источниками права (r); объ особенныхъ же послѣдствіяхъ и примѣненіяхъ его, именно по отношенію къ обязательствамъ, въ нихъ не упоминается.

VIII. Обязательства.

Всѣ изложенныя соображенія служили только введеніемъ къ ученію объ обязательствахъ,—а потому мы разсмотримъ теперь подробно насколько принципъ дѣлимости приложимъ къ обязательствамъ.

Права, какъ и вещи, могутъ соединяться въ одно новое коллективное цѣлое. Подобное соединеніе встрѣчается въ пекуліѣ, приданомъ и наслѣдствѣ.

Это же цѣлое можетъ въ свою очередь быть предметомъ общаго права по интеллектуальнымъ частямъ; и именно при наслѣдствѣ такое право составляетъ важнѣйшее и употребительнѣйшее юридическое отношеніе. Здѣсь, какъ и въ собственности, дѣленіе имѣетъ

витутахъ. L. 25 de S. P. R. (8. 3), L. 5 pr. de aqua quot. (43. 20), L. 19 § 4 comm. div (10. 3), L. 31 § 7 de neg. gest. (3. 5). Въ приложеніи этого принципа къ дорожнымъ сервитутамъ все юридическое отношеніе представляется въ простомъ и чистомъ видѣ; этимъ и объясняется особенно частое въ нихъ упоминаніе объ немъ.

(r) L. 19. de usu (7. 8).

значеніе прекращенія общности (прим. h) и проявляется въ самыхъ разнообразныхъ формахъ: именно—реальномъ дѣленіи отдѣльныхъ долей собственности, составляющихъ наслѣдство, обмѣнѣ отдѣльныхъ составныхъ частей послѣдняго, продажѣ и т. п. Общность на самомъ дѣлѣ не приложима только къ одному изъ важнѣйшихъ классовъ имущественныхъ правъ, именно къ претензіямъ и долгамъ. Объ нихъ мы сейчасъ поговоримъ подробно.

§ 31.

IV. Объектъ обязательства. Дѣлимое и недѣлимое удовлетвореніе. (Продолженіе).

Теперь слѣдуетъ разсмотрѣть отношеніе цѣлаго и частей въ примѣненіи къ обязательству, и все предыдущее изслѣдованіе имѣло цѣлью—проложить путь къ подобному примѣненію. Что такое доля, дѣленіе и дѣлимость по отношенію къ обязательствамъ? Прежде всего замѣтимъ, что всѣ эти понятія относятся къ удовлетворенію по обязательствамъ, т. е. къ тому, чего можно требовать по обязательству путемъ принужденія (§ 2).

Части, содержащіяся въ обязательствѣ, сходны съ частями собственности (§ 30) въ томъ, что и онѣ ограничиваются и обозначаются квотами или числовыми отношеніями. Но онѣ отличаются отъ частей собственности тѣмъ, что послѣднія основываются на отношеніи продолжительной общности, тогда какъ части обязательства образуютъ вполнѣ различныя и независимыя другъ отъ друга юридическія отношенія, которыя представляются частями только потому, что сумма частичныхъ удовлетвореній равняется полному удовлетворенію, составляющему предметъ цѣлаго обязательства.

Выраженіе дѣленіе, въ приложеніи къ собственности, примѣнялось къ двумъ противоположнымъ, въ нѣкоторомъ смыслѣ, видоизмѣненіямъ ея: то къ установленію общности и соединенныхъ съ нею интеллектуальныхъ частей; то къ прекраще-

нію общности въ силу раздробленія вещи на части реальныя (§ 30).

Въ приложеніи къ обязательству дѣленіе означаетъ раздробленіе одного обязательства на нѣсколько отдѣльныхъ, независимыхъ одно отъ другаго обязательствъ; а это видоизмѣненіе, какъ и при собственности, совершается то путемъ свободныхъ дѣйствій, то подъ вліяніемъ общихъ юридическихъ нормъ, когда не представляется ни надобности, ни возможности прибѣгать для достиженія цѣли дѣленія къ какой-либо юридической дѣятельности. (а).

Попытаюсь сдѣлать общій обзоръ случаевъ, въ которыхъ дѣленіе обязательства возможно, и указать при каждомъ изъ нихъ на спеціальное значеніе дѣленія.

1. Когда на противоположныхъ сторонахъ обязательства стоятъ одинъ кредиторъ и одинъ должникъ, то дѣленіе возможно въ двухъ различныхъ направленіяхъ.

Кредиторъ можетъ раздѣлить обязательство, требуя неполнаго удовлетворенія, а только часть его, возобновляя эти частичныя требованія до тѣхъ поръ, пока не будетъ исчерпано все удовлетвореніе.

Быть можетъ, такое частичное взысканіе будетъ для кредитора неудобно,—но оно вполнѣ справедливо, такъ какъ всегда зависитъ отъ должника добровольно исполнить все обязательство и тѣмъ погасить его.

И наоборотъ: обязательство можетъ раздѣлить и должникъ путемъ частичнаго удовлетворенія, погашая вполнѣ только одну часть обязательства и оставляя въ силѣ другія его части.

Несомнѣнно, что подобный процессъ можетъ привести къ указаннымъ послѣдствіямъ не иначе, какъ при согласіи обѣихъ сторонъ; нѣкоторые юристы сомнѣвались только въ томъ: имѣетъ-ли право должникъ прибѣгнуть къ подобному способу удовлетворенія по своему одностороннему произволу, — такъ какъ этотъ способъ весьма неудобенъ и убыточенъ для кредитора.

(а) Срав. Scheurl. p. 75. 78.

Такое право слѣдуетъ признать за должникомъ (b) въ виду двухъ обстоятельствъ: во 1-хъ потому, что кредиторъ можетъ съ своей стороны во всякое время требовать уплату всего долга; во 2-хъ, потому, что онъ избавленъ отъ важнѣйшихъ убытковъ самимъ закономъ: проценты продолжаютъ течь на весь капиталъ, независимо отъ совершенной уплаты (c), — залогъ во всей своей цѣлости продолжаетъ обезпечивать долгъ, хотя бы оставалась неуплаченною одна только часть капитала (d).

II. Когда при самомъ возникновеніи обязательства, въ немъ участвуетъ нѣсколько кредиторовъ и одинъ должникъ или нѣсколько должниковъ и одинъ кредиторъ, — то претензія или долгъ раздѣляются уже между ними ipso jure, и вообще (если не постановлено иначе) по равнымъ частямъ. Такимъ образомъ здѣсь дѣленіе существуетъ при самомъ возникновеніи обязательства и именно въ силу общаго принципа права и независимо отъ яснаго выраженія воли контрагентовъ.

Мы указали на этотъ важный юридическій принципъ еще въ началѣ нашего ученія о корреальныхъ обязательствахъ (§ 16, b), которыя сами относятся къ нему, какъ исключеніе, основанное на свободной волѣ контрагентовъ.

Главными источниками дѣленія обязательствъ, одновременнаго съ ихъ возникновеніемъ, могутъ быть слѣдующіе:

Стипуляціи.

Консенсуальный контрактъ (въ особенности продажа, наемъ и безсрочная аренда).

Завѣщаніе, возлагающее на многихъ наслѣдниковъ одинъ легатъ, или легирующее одну сумму многимъ легатарямъ.

Стипуляція раба, состоявшаго подъ общей властью многихъ господъ.

Первые три случая приложимы и къ активнымъ и къ пассивнымъ долговымъ отношеніямъ; послѣдній—только къ активнымъ, такъ какъ рабъ могъ пріобрѣтать для своего господина долговыя претензіи, но не могъ обременять его долгами.

(b) L. 21 de reb. cred. (12. 1). Здѣсь мы касаемся этого вопроса только слегка: его настоящее мѣсто въ ученіи о прекращеніи обязательствъ.

(c) L. 41 § 1 de usur. (22. 1).

(d) L. 19 de pign. (20. 1). L. 65 de evict. (21. 2).

III. Случай, когда по смерти одного кредитора или одного должника, ихъ мѣсто заступаютъ многіе наслѣдники.

Здѣсь претензіи и долги, по 12 таблицамъ, ipso jure раздѣляются между наслѣдниками пропорціонально ихъ наслѣдственнымъ долямъ, независимо отъ какихъ бы то ни было юридическихъ дѣйствій со стороны наслѣдниковъ или судьи (e).

Такимъ образомъ, пріобрѣтеніе наслѣдства многими лицами ведетъ къ общности интелектуальныхъ частей правъ собственности, входящихъ въ составъ наслѣдства; что же касается претензій и долговъ, содержащихся въ послѣднемъ, то, вслѣдствіе пріобрѣтенія, они раздѣляются между всѣми наслѣдниками на части, независимыя другъ отъ друга. И то, и другое совершается ipso jure безъ содѣйствія наслѣдниковъ. Въ обоихъ случаяхъ величина частей соразмѣряется съ квотами, принадлежащими въ наслѣдствѣ каждому наслѣднику.

Изложенное дѣленіе обязательствъ предполагаетъ дѣлимость послѣднихъ. Это приводитъ насъ къ рѣшенію вопроса: дѣлимы-ли вообще обязательства, или нѣтъ?

Огромное большинство важнѣйшихъ и употребительнѣйшихъ обязательствъ въ дѣйствительности принадлежитъ къ числу дѣлимыхъ, а потому къ нимъ можно, безъ всякихъ затрудненій, прямо прилагать принципъ, изложенный нами выше.

Но рядомъ съ этимъ большинствомъ стоитъ въ видѣ исключенія много и недѣлимыхъ обязательствъ.

Наша задача состоитъ, главнымъ образомъ, въ изложеніи категорій этихъ исключеній, за тѣмъ въ указаніи принциповъ управляющихъ этими категоріями, — принциповъ, которые должны вытѣснить собою всѣ неприложимыя къ нимъ правила.

Уже въ началѣ § было замѣчено, что въ этомъ ученіи доля и дѣленіе относятся къ удовлетворенію, составляющему предметъ и непосредственную цѣль обязательства. Совершенно дру-

---

(e) L. 1 C. si unus ex plur. (8. 32). L. 6 C. fam. herc. 3. 36 L. 25 § 9. fam. here, (10. 2). Въ этихъ текстахъ о 12 таб. упоминается какъ объ источникѣ правила. Но и помимо этого упоминанія, правило находится въ L. 2 C. si unus (8 32), L. 2 § 5, L. 4 pr., L. 25 § 1 fam. herc. (10. 2).

гой характеръ носятъ тѣ виды удовлетворенія, которые составляютъ содержаніе какого-либо условія и способствуетъ или препятствуютъ возникновенію обязательства (quae in conditione sunt, non in obligatione). Безъ сомнѣнія, и въ такихъ удовлетвореніяхъ возможно дѣленіе; но, по самой природѣ условія, дѣленіе здѣсь должно считаться всегда неумѣстнымъ въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло идетъ о послѣдствіяхъ наступившаго условія, ибо условіе можетъ считаться наступившимъ, когда оно осуществилось во всей цѣлости; неполное же осущественіе равносильно неосуществленію. (f). — Смѣшеніе удовлетворенія, составляющаго условія, съ удовлетвореніемъ по обязательствамъ, о которомъ мы теперь говоримъ, производило нерѣдко путаницу въ разсматриваемомъ ученіи. А потому не безполезно будетъ изслѣдовать этотъ предметъ подробнѣе.

Удовлетвореніе, неисполненіе котораго влечетъ за собою неустойку, бываетъ весьма различно, и свойство его (дѣлимость или недѣлимость) не имѣетъ ни какого вліянія на упомянутое здѣсь послѣдствіе. Такъ удовлетвореніе это можетъ состоять въ уплатѣ извѣстной суммы денегъ (g), или въ передачѣ недвижимости (h), или же въ исполненіи извѣстнаго opus (i).

Точно также и для послѣдствій безразлично: было-ли это удовлетвореніе выражено именно въ смыслѣ условія (въ этомъ

(f) Для наглядности различія приведемъ примѣръ. Когда объектъ обязательства состоитъ въ уплатѣ 100 р., то обязательство дѣлимо и распадается по отношенію, напр., къ двумъ наслѣдникамъ должника на два обязательства, каждое въ 50 р. Если же, напротивъ, кто либо обязывается, въ случаѣ неуплаты имъ къ концу года 100 р., уплатить въ видѣ неустойки 200 р., и вскорѣ послѣ того умираетъ, оставляя двухъ наслѣдниковъ, — то уплата 50 р. однимъ изъ наслѣдниковъ не имѣетъ никакого вліянія на устраненіе или уменьшеніе штрафа; здѣсь платежа какъ будто не было: условіе осталось не исполненнымъ.

(g) L. 25 § 13 fam. herc, (10. 2), L. 5 § 3 de V. O. (45. 1).

(h) L. 44 § 5 de O. et A. (44. 7), „Si ita stipulatus sim, si fundum non dederis, centum dare spondes? sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus.“ L. 85. § 6 de V. O. (45. 1), „Item si ita stipulatio facta sit, si fundus Titianus datus non erit, centum dari, nisi totus detur, poena committitur centum: nec prodest partes fundi tradere, cessante uno.“

(i) L. 44 § 6 de O. et A. (44. 7).

случаѣ свойство его несомнѣнно) (k), или же первоначально оно представлялось объектомъ обязательства, а впослѣдствіи стало условіемъ неустойки, такъ какъ даже послѣднее, само по себѣ двусмысленное, выраженіе должно быть истолковано, какъ первое, т. е. что и упомянутое удовлетвореніе слѣдуетъ понимать не въ смыслѣ объекта обязательства, а только въ въ смыслѣ условія о неустойкѣ (l).

Для устраненія недоразумѣній прибавимъ еще, что условная неустойка можетъ получить, по волѣ участвующихъ лицъ, еще другое значеніе. Она можетъ быть выговорена даже независимо отъ самаго обязательства и съ двоякою цѣлью: или чтобы установить право совмѣстнаго требованія по суду и удовлетворенія по обязательству и неустойкѣ (m) — или просто съ цѣлью дать кредитору право выбора: требовать того или другаго. Послѣдній случай упоминается чаще (n). Вопросъ— о существованіи неустойки вообще и о спеціальномъ ея значеніи въ томъ или другомъ случаѣ, можетъ быть рѣшенъ путемъ формальнаго толкованія намѣренія сторонъ и разсмотрѣнія всѣхъ обстоятельствъ дѣла. — Это новое значеніе неустойки выходитъ изъ предѣловъ ближайшей цѣли нашего изслѣдованія: здѣсь мы упомянули о ней съ тою единственною цѣлью, чтобы молчаніе наше не было сочтено за отрицаніе самаго факта. Болѣе подробное изслѣдованіе вопроса мы отлагаемъ до изложенія спеціальнаго ученія о неустойкахъ.

Остается упомянуть еще объ одномъ важномъ правилѣ, хотя и странномъ съ перваго взгляда, именно: что въ случаѣ

(k) Такъ бываетъ въ случаяхъ, указанныхъ въ прим. h.

(l) L. 44 § 6 de V. O. (44. 7) „Sed si navem fieri stipulatus sum, et si non feceris, centum: videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et conditionalis, et existens sequentis conditio non tollat priorem: an vero transferat in se, et quasi novatio prioris fiat? quod magis verum est,“

(m) L. 115 § 2 de V. O. (45. 1), L. 16 de transact. (2. 15).

(n) L. 10 § 1 de pactis (2. 14). L. 41. 42 pro socio (17. 2), L. 28 de act. emti (19. 1), L. 12 § 2 de pactis dot. (23. 4).

условной неустойки само удовлетвореніе, выговоренное сторонами, всегда недѣлимо въ смыслѣ условія, предъотвращающаго неустойку (о чемъ мы уже говорили); напротивъ, неустойка, въ смыслѣ прямаго объекта обязательства, всегда дѣлима, потому что принадлежитъ къ числу денежныхъ долговъ, которые безусловно дѣлимы (o).

§ 32.

IV. Объектъ обязательства. Дѣлимое и недѣлимое удовлетвореніе. (Продолженіе).

Приступаемъ къ разсмотрѣнію категоріи исключеній (§ 31), когда обязательства должны считаться недѣлимыми. Въ большей части случаевъ я буду держаться того послѣдовательнаго хода идей, который лежитъ въ основаніи вышеприведенныхъ текстовъ римскаго права по этому предмету (§ 29).

1. Обязательства, имѣющія цѣлью что-либо дать (dandi obligationes). Почти всѣ они дѣлимы; упоминается объ одномъ важномъ исключеніи, на которое указывается съ особенной силой, это—по отношенію къ установленію servitutes praediales, т. е. того разряда правъ, которыя сами по себѣ недѣлимы даже на интеллектуальныя части (§ 30).

И такъ, обязательство имѣющее предметомъ установить поземельный сервитутъ считается недѣлимымъ (a); откуда слѣдуетъ, что подобное обязательство не можетъ быть ни установляемо по частямъ, ни погашаемо посредствомъ акцептиляціи (b); далѣе: оно не можетъ быть ни стипулировано, ни дѣйствительно пріобрѣтаемо однимъ изъ многихъ собственни-

---

(o) L. 4 § 1 de V. O. (45, 1) „. . . ab omnibus heredibus poenam committi pro portione hereditaria.“ L. 85 § 5 eod. „sed unicuique pro parte hereditaria praestatio injungitur“—(здѣсь рѣчь идетъ о duplа въ случаѣ эвикціи, слѣдовательно о poena). Срав. ниже § 34 p.

(a) L. 2 § 1, L. 72 pr. de V. O. (45. 1).

(b) L. 17 de ser§. (8. 1), L. 13 § 1 de accept. (46. 4).

ковъ недвижимости, (c) такъ какъ послѣдній только въ части можетъ служить представителемъ той недвижимости, къ которой относится право, установляемое обязательствомъ.

Нѣкоторые юристы несправедливо считали эти принципы приложимыми къ такому обязательству только въ случаѣ возникновенія его изъ стипуляціи. Обязательство можетъ возникнуть и изъ договора продажи (d), и все-таки не подлежитъ ни малѣйшему сомнѣнію, что и къ этому случаю должны быть примѣнены совершенно тѣ же принципы какъ и при стипуляціи.

II. Обязательства, имѣющія цѣлью что-либо сдѣлать (faciendi obligationes). Одинъ изъ главныхъ текстовъ, относящихся къ настоящему предмету (e), начинается такъ: Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt. Эти выраженія привели нѣкоторыхъ юристовъ къ мысли, что разграниченіе это служитъ точнымъ указателемъ дѣлимости и недѣлимости обязательствъ; что обязательство перваго разряда (dandi), за исключеніемъ одного случая, дѣлимы, обязательства же втораго рода, (faciendi) по общему правилу недѣлимы и становятся дѣлимыми только въ исключительныхъ случаяхъ, при помощи искусственныхъ средствъ. (f)

Но это мнѣніе опровергается уже выраженіями, непосредственно затѣмъ слѣдующими въ § 1 текста: „et harum omnium quaedam partium praestationem recipiunt.... quaedam non recipiunt,“—выраженіями, доказывающими ясно, что и тотъ и другой разрядъ обнимаетъ собою и дѣлимыя, и недѣлимыя обязательства; откуда естественно слѣдуетъ, что авторъ текста выставилъ это различіе въ началѣ вовсе не съ

(c) L. 11 de serv. (8. 1).—Напротивъ, даже не-собственникъ, въ качествѣ должника, можетъ вступить въ такое обязательство, такъ какъ онъ можетъ сдѣлаться собственникомъ сосѣдняго недвижимаго имѣнія. L. 25. § 10 fam. herc. (10. 2);—тѣмъ болѣе имѣетъ на это право одинъ изъ общихъ собственниковъ сосѣдняго недвижимаго имѣнія.

(d) L. 3 § 2, L. 6 § 5 de act. emt. (19. 1), L. 80 § 1 de contr. emt. (18. 1), L. 12 de pign. (20. 1).

(e) L. 2 pr. de V. O. (45. 1).

(f) Такъ Рубо, стр. 37, 52, говоритъ, что всѣ stricti juris obligationes in faciendo недѣлимы.

тѣмъ, чтобы связывать съ нимъ какое нибудь правило о дѣлимости.

Прибавимъ къ сказанному ито обстоятельство, что едва-ли можно было бы воспользоваться неопредѣленными выраженіями dare и facere для нормированія чисто-практическаго отношенія недѣлимыхъ обязательствъ (g).

Но еще рѣшительнѣе въ этомъ смыслѣ слѣдующее соображеніе. Безпристрастное разсмотрѣніе главныхъ текстовъ о недѣлимыхъ обязательствахъ (§ 29) приводитъ къ убѣжденію, что древніе юристы никогда не сводятъ вопроса о недѣлимости нѣкоторыхъ обязательствъ къ искусственному построенію, именно формальному праву (напр. къ особенной природѣ стипуляціи), но всегда къ естественнымъ основаніямъ невозможности разложить удовлетвореніе на части. И такой способъ изслѣдованія предмета не былъ произвольнымъ и случайнымъ, но держался на слѣдующемъ необходимомъ основаніи. XII таблицъ предписывали, чтобы, послѣ смерти кредитора или должника, обязательства дѣлились между наслѣдниками ipso jure (§ 31. e). Само собою разумѣется, что исполненіе такого предписанія вовсе не зависѣло отъ желанія юристовъ и судей; они могли отступить отъ него только тогда, когда само предписаніе становилось въ разрѣзъ съ высшимъ закономъ,—съ закономъ естественной невозможности (h).

Если мы, по примѣру древнихъ юристовъ, взглянемъ на дѣло съ этой точки зрѣнія и въ связи съ отдѣльными изрѣ-

---

(g) Срав. выше. § 28 e.—Если мы пріймемъ dare въ строжайшемъ значеніи—въ смыслѣ передачи собственности или jus in re ex jure Quiritium,—то, въ противоположность ему для faciendi obligationes останется такъ много разнороднѣйшихъ случаевъ, что ихъ нельзя подвести ни подъ какое практическое правило. Единственное и дѣйствительно важное различіе состояло въ томъ, что intentio формулы для перваго разряда была — dare oportere, а для другаго—dare facere oportere; но оно не имѣло практическаго значенія.

(h) Такъ говоритъ L. 25 § 9 fam. herc. (10. 2) о стипуляціи дорожнаго сервитута: „talis stipulatio per legem duodecium tabularum non dividitur, quia nec potest.“

ченіями Дигестъ,—то должны будемъ признать, по отношенію къ недѣлимости faciendi obligationes, слѣдующія правила.

Недѣлимо всякое обязательство, имѣющее предметомъ opus (i). Подъ словомъ opus источники понимаютъ возведеніе какой либо постройки, сооруженіе статуи, вырытіе ямы и тому подобныя земельныя работы. Одно изъ мѣстъ опредѣляетъ общій характеръ opus слѣдующимъ образомъ (k): neque enim ullum balneum, aut ullum theatrum, aut stadium fecisse intelligitur qui ei propriam formam, quae ex consummatione contingit, non dederit. Значитъ, когда большая часть дома построена и недостаетъ только крыши, то этой постройкой еще нельзя пользоваться, какъ домомъ. Конечно, домъ не можетъ быть построенъ вдругъ, а постепенно, по частямъ, и быть можетъ въ теченіи весьма долгаго періода времени; но отдѣльныя работы, необходимыя для его окончанія, не могутъ быть сведены на числовыя отношенія (интеллектуальныя части),—условіе, необходимое для признанія обязательства дѣлимымъ. — Принявъ за точку отправленія таксэ понятіе объ opus, намъ нельзя ограничить его приложеніемъ къ земельнымъ работамъ, къ которымъ относится большая часть примѣровъ римскихъ юристовъ. Сюда можно отнести также изготовленіе какой либо движимой вещи, какъ напр. постройку корабля (§ 31, l), устройство астрономическихъ часовъ, музыкальнаго инструмента и т. д.; здѣсь, во всякомъ случаѣ, вопросъ о недѣлимости будетъ имѣть значеніе только тамъ, гдѣ предпринятая работа выходитъ изъ ряда обыкновенной ручной работы.

Напротивъ, faciendi obligationes будутъ дѣлимыми въ слѣдующихъ случаяхъ:

А. Всякая работа, имѣющая сама по себѣ характеръ квантитета.

Сюда относится опредѣленное число рабочихъ дней, наскольк-

(i) L. 85 § 2, L. 72 pr. de V. O. (45. 1), L. 80 § 1 ad L. Falc. (35. 2). Впрочемъ, въ послѣднемъ текстѣ рѣдко употребляется выраженіе: quae „dividuitatem non recipiunt.“

(k) L. 80 § 1 ad L. Falc. (35. 2). — Срав. еще L. 5 § 1 de V. S. (50. 16).

ко дѣло идетъ объ обыкновенной ручной работѣ (l). Тотъ же характеръ имѣетъ работа, напередъ условленнаго размѣра, каково устройство насыпи, стѣны и т. д.

B. Faciendi obligatio, состоящая не въ работѣ, но въ совершеніи извѣстной юридической сдѣлки (§ 28). Для наглядности возьмемъ примѣръ. Если кредиторъ легируетъ въ тестаментѣ должнику свободу, то наслѣдникъ обязанъ дать послѣднему акцептиляцію (m). Если этотъ наслѣдникъ умираетъ, оставляя двухъ наслѣдниковъ въ равныхъ частяхъ, то на каждаго изъ нихъ переходитъ половина первоначальной претензіи, но вмѣстѣ съ тѣмъ и половина faciendi obligat., состоящей въ акцептиляціи. Такимъ образомъ, обязательство это, заключающееся въ исполненіи юридической сдѣлки, представляется, несомнѣнно, дѣлимымъ.

C. Обязательство, имѣющее предметомъ традицію. Этотъ важнѣйшій изъ всѣхъ относящихся сюда случаевъ, требуетъ подробнаго разсмотрѣнія. Новѣйшіе юристы обыкновенно стараются обойти его; но все-таки у нихъ замѣтно предпочтеніе признавать здѣсь недѣлимое обязательство. Я рѣшительно считаю это обязательство дѣлимымъ безусловно.

Вопросъ слѣдуетъ разложить на два: 1, состоитъ-ли традиція въ facere чего-либо, traditionis obligatio есть-ли faciendi obligatio? 2, если она такова, то имѣемъ-ли мы основаніе считать ее недѣлимою?

По древнѣйшему праву, мы должны отвѣчать на первый вопросъ то положительно, то отрицательно, смотря по обстоятельствамъ.

Когда рѣчь шла о res mancipi (деньги, овца, козелъ и т. д.), то традиція была не facere, а dare въ томъ смыслѣ, что она также непосредственно переносила собственность на res mancipi ex jure quiritium, какъ и манципація (n).

Здѣсь, слѣдовательно, дѣлимость tradendi obligationis должна быть признана самимъ, указаннымъ выше (примѣч. f) про-

---

(l) L. 15 § 1 de op. lib. (38. 1), L. 54 § 1 de V. O. (45 1).
(m) L. 3 § 3, L. 5 pr. de lib. leg. (34. 3).
(n) Ulpian. Tit. 19 § 7.

тивникомъ ея—такъ какъ всѣ сомнѣнія и возраженія его опирались на отличительную природу faciendi obligationis.—Если же рѣчь шла о mancipi res (участокъ итальянской земли, рабъ, лошадь и т. д.) — то традиція была уже не dare, а facere, причемъ получатель пріобрѣталъ вещь не ex jure quiritium, а in bonis (o). — По отношенію къ вещамъ этого разряда именно къ fundus) обязательство, имѣющее цѣлью traditio, называется на самомъ дѣлѣ faciendi obligatio (p); въ практическомъ смыслѣ выраженіе это означало, что искъ по обязательству такого рода направлялся не на dare, а на dare facere oportere съ incerti condictio (q).

Что касается втораго вопроса (по поводу недѣлимости tradendi obligatio) то, слѣдуя изложенной выше точкѣ зрѣнія римскихъ юристовъ (примѣч. h), коренящейся въ XII таб. и выводя дѣлимость и недѣлимость исключительно изъ естественныхъ основаній, — мы должны отвѣтить на него безусловно отрицательно потому, что традиція всегда влечетъ за собою переносъ владѣнія, а при извѣстныхъ условіяхъ также и собственность, пріобрѣтаемую, по древнему праву, то ex jure quiritium, то in bonis.

Всѣ эти юридическія отношенія, владѣніе и собственность, при всемъ историческомъ различіи своихъ формъ, сами по себѣ безусловно дѣлимы (§ 30), а потому и обязательство, имѣющее цѣлью традицію, должно быть, по естественной логикѣ, признано также дѣлимымъ.

Несомнѣнность нашего вывода подтверждается слѣдующими соображеніями. Нѣкто продаетъ участокъ земли и до традиціи умираетъ, оставляя двухъ наслѣдниковъ въ равныхъ доляхъ; собственность переходитъ къ каждому наслѣднику въ половинной долѣ; въ томъ же объемѣ переходитъ и tradendi obligatio (обязанность отвѣтствовать по actio empti),—такъ что послѣд-

---

(o) Ulpian. Tit. 19 § 3. Tit. 1 § 16.

(p) L. 75 § 7. L. 72. pr. de V. O. (41. 1). Въ другомъ мѣстѣ правда, говорится также: „Si quis vacuam possessionem tradi promiserit, non nudum factum haec stipulatio continebit, sed causam bonorum.“ L. 52 § 1 de V. O. (45. 1).

(q) Savigny. System. т. 5. Beilage. XIX. Num. XXXIV. Note d.

ния представляется дѣлимымъ. Возраженіе, что все это справедливо по отношенію къ продажѣ, а не стипуляціи,—должно быть отвергнуто, какъ основанное на произвольномъ различіи, такъ какъ оба обязательства нормировались однимъ и тѣмъ же правиломъ XII таб., установлявшимъ дѣлимость всѣхъ обязательствъ по отношенію къ наслѣдникамъ.—Не менѣе произвольно и неестественно было бы считать tradendi obligatio дѣлимою при передачѣ овцы, и недѣлимою при передачѣ лошади потому, что въ первомъ случаѣ традиція носила названіе dare, во второмъ—facere.—Далѣе: было явленіемъ весьма обыкновеннымъ, что къ обѣщанію манципаціи поземельнаго участка посредствомъ стипуляціи (dare), присоединялась вторая стипуляція относительно традиціи (r), а въ случаѣ несовершенія этой второй стипуляціи обязанность традиціи разумѣлась сама собою, въ видѣ простой принадлежности главнаго обязательства (s).

Такъ какъ оба эти элемента представляются существенными частями одного и того же обязательства, то можно заключить отъ дѣлимости одного (dare) и къ дѣлимости другаго (tradere).

Изъ этихъ данныхъ я заключаю, что ни одинъ изъ римскихъ юристовъ никогда не сомнѣвался въ дѣлимости tradendi obligationis. Такое заключеніе подтверждается тѣмъ обстоятельствомъ, что древніе юристы имѣли и безразлично пользовались въ этомъ случаѣ самими терминами: часто въ одномъ и томъ же текстѣ выраженія dare и tradere замѣняютъ одно другое, какъ тождественныя (t). И если бы даже въ древнемъ правѣ вопросъ этотъ представлялся въ иномъ видѣ (что, по моему мнѣнію, невозможно), то, по крайней мѣрѣ, въ юсти-

---

(r) L. 4 pr. de usur. (22. 1).

(s) L. 3 § 1 de act. emt. (19. 1). (Этотъ текстъ точно разграничиваетъ послѣдствія стипуляціи и продажи). Къ случаямъ двоякаго рода относится замѣчательное мѣсто у Гая L. 4 § 131. Истецъ имѣлъ право раздѣлить свои исковыя требованія, ограничиваясь сначала однимъ искомъ о манципаціи и отложивъ требованіе традиціи на будущее время. Но тогда онъ долженъ былъ гарантировать себя посредствомъ praescriptio противъ судебной консумпціи всѣхъ существенныхъ составныхъ частей своей претензіи.

(t) L. 85 § 6 (45. 1) (§ 31. h). Также и въ L. 137 § 3 eod. „sicut liberatur, qui se daturum spopondit, si quandoque tradit".

ніановскомъ правѣ, традиція должна была признаваться безусловно дѣлимою, такъ какъ здѣсь она прямо замѣняла собою древнюю манципацію, т. е. вообще и безъ различія предметовъ, возвысилась до степени истиннаго процесса dare.

Я не хочу пройдти молчаніемъ текста, говорящаго, повидимому, противное, и безъ котораго едва-ли существовало бы у новѣйшихъ писателей сомнѣніе въ истинности изложенной теоріи. Ульпіанъ сначала говоритъ, что стипуляція поземельнаго сервитута недѣлима, а потомъ прибавляетъ, что эта недѣлимость должна распространяться и на стипуляцію „fundum tradi", также какъ и на стипуляцію, имѣющую объектомъopus,— такъ какъ въ обоихъ случаяхъ всякая попытка дѣйствительнаго дѣленія противорѣчила бы смыслу и существу стипуляціи (corrumpit stipulationem) (u). Эта аргументація поставила новѣйшихъ юристовъ въ большое затрудненіе. Съ одной стороны, здравый практическій смыслъ противился признанію недѣлимымъ обязательство совершить традицію; но съ другой—и буквальное выраженіе Ульпіана «fundum tradi» было такъ рѣшительно, что нельзя было игнорировать его значенія.

И вотъ, всѣ бросились на остроумныя и вмѣстѣ съ тѣмъ безплодныя изслѣдованія о различіи стипуляціонныхъ формулъ: rem tradi и vacuam possessionem tradi, теряясь въ догадкахъ, въ какомъ именно пунктѣ этихъ формулъ скрывается тайна недѣлимости (v).

Сопоставленіе вышеприведенныхъ доказательствъ общей и безусловной дѣлимости tradendi obligationis съ противоположнымъ мнѣніемъ Ульпіана естественно приводитъ къ попыткѣ дать стипуляціи fundum tradi—упомянутой здѣсь вскользь

(u) L. 72 pr. de V. O. (45. 1). „Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae, itineris, actus, aquaeductus, ceterarumque servitutium. Idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit: ut puta fundum tradi, vel fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem."

(v) Особенно наглядно примѣръ такихъ догадокъ представляетъ Giphanius въ L. 4 D. de V. O. Num. 68 sq., lecturae Altorph. p. 746 и Sc. Gentilis l. c. Cap. 17. Изъ новѣйшихъ писателей срав. Ribbentrop. стр. 215 Scheurl. стр. 79. 81.

и неопредѣленно—такое полное объясненіе, которымъ устраняется всякое противорѣчіе.—Къ такому объясненію приводитъ то обстоятельство, что присоединеніе къ faciendi obligationes денежной неустойки на случай неудовлетворенія дѣлалось не только для приданія большей правильности формѣ стипуляціи, но, и помимо этого, было весьма употребительно на практикѣ (w). При подобной стипуляціи обязательственное дѣйствіе состояло не in obligatione, a in conditione; откуда само собою слѣдовало, что для предотвращенія неустойки удовлетвореніе должно было совершиться вполнѣ, т. е. оно было въ этомъ смыслѣ недѣлимо. (§ 31. f). Такое обѣщаніе неустойки, со всѣми изложенными выше послѣдствіями ея, употреблялось не только въ связи съ facere, но также съ dare и даже съ первоначальнымъ денежнымъ обѣщаніемъ (§ 31. g. h.). Послѣдствіе было совершенно тоже, ставилось-ли dare въ смыслѣ условія (nisi fundum dederis, centum dare spondes?), или же въ началѣ обязательства, какъ самостоятельный повидимому предметъ удовлетворенія (fundum dare spondes? nisi fundum dederis, centum dare spondes?) (x).—Въ виду всѣхъ этихъ формъ юридическихъ сдѣлокъ, употребительныхъ у римлянъ, можно предположить, не искажая смысла ульпіановскаго текста, что подъ стипуляціею fundum tradi, упомянутою имъ вкратцѣ и мимоходомъ только начальными словами (такъ какъ формула была общеизвѣстна и весьма употребительна), Ульпіанъ разумѣлъ стипуляцію въ слѣдующей полной формѣ: fundum tradi, et nisi traditus erit, centum dari,—формѣ, не представляющей ни малѣйшаго сомнѣнія въ недѣлимости (y).

(w) L. 137 § 7 de V. O. (45. 1) „Si, ut aliquid fiat, stipulemur. et usitatius et elegantius esse Labeo ait, sic subjici poenam, si ita factum non erit.“ Выраженіе elegantius объясняется тѣмъ, что именно при facere денежная оцѣнка судьи была часто гораздо неопредѣленнѣе и произвольнѣе, нежели при dare.

(x) Доказательство этой тождественности значенія находятся въ L. 44 § 6 de O. et A. (44. 7) (см. выше § 31. l).

(y) Слѣдовательно, по этому толкованію, смыслъ словъ: fundum tradi совершенно тотъ же, какъ его излагаетъ въ подробности Павелъ въ L. 85 § 6 de V. O. (45 1); оба текста въ сущности параллельны.

Въ опроверженіе такого объясненія можно было бы замѣтить, что оно предполагаетъ въ текстѣ Ульпіана смѣшеніе неоднородныхъ понятій и слѣдовательно нелогичность. Это замѣчаніе само по себѣ справедливо; но въ смыслѣ возраженія противъ нашего объясненія — должно быть вполнѣ отвергнуто. Совершенно такое же, нестрого логическое развитіе предмета, мы находимъ вообще у древнихъ юристовъ, и именно въ подробнѣйшихъ текстахъ Павла (y[1]). У Ульпіана можемъ предположить подобный же способъ развитія мыслей, а потому и нельзя вышеприведенное возраженіе противъ нашего объясненія текста признать достаточнымъ.

III. Обязательства, имѣющія предметомъ бездѣйствіе (non faciendi obligationes).

Въ этомъ отношеніи римляне ясно различали factum individuum и quod divisionem recipiat. Такимъ образомъ, вопросъ о естественной и неестественной дѣлимости сводился къ свойству предмета удовлетворенія, и уже отсюда выводилась дѣлимость обязательства, именно въ отношеніи многихъ наслѣдниковъ должника (z).

Здѣсь все зависитъ отъ того: представляется-ли само по себѣ дѣйствіе, отъ котораго слѣдуетъ воздержаться, вполнѣ удобоисполнимымъ для всякаго изъ наслѣдниковъ, или же каждый изъ нихъ можетъ исполнить его только отчасти? Въ первомъ случаѣ само обязательство недѣлимо, во второмъ—дѣлимо. Это различіе очень часто совпадаетъ съ подраздѣленіемъ дѣйствій на неюридическія и юридическія. Для наглядности возьмемъ два примѣра.

Если кто либо стипулируетъ съ своимъ сосѣдомъ: per te non fieri, neque per heredem tuum, quominus mihi ire agere per fundum tuum liceat, — то это обязательство недѣлимо, — такъ какъ по смерти должника можетъ возникнуть фактическое препятствіе или со стороны всѣхъ наслѣдниковъ или од-

(y[1]) L. 2, L. 4, L. 85 de V. O. (45. 1). Въ особенности L. 85 § 6 de V. O. (45. 1) имѣетъ совершенно тоже содержаніе, какое я приписалъ тексту Ульпіана (прим. y); также нѣтъ никакаго существеннаго различія и въ логическомъ развитіи идей въ обоихъ текстахъ.

(z) L. 4 § 1, L. 85 § 3 de V. O. (45. 1).

ного изъ нихъ, и съ точки зрѣнія кредитора совершенно безразлично, кто виновникъ этого препятствія (aa).

Напротивъ, когда должникъ стипулируетъ съ кредиторомъ—amplius non agi,—то по смерти кредитора стипуляція дѣлится между наслѣдниками потому, что для всякаго изъ наслѣдниковъ есть возможность предъявить первоначальный искъ только въ своей наслѣдственной долѣ, т. е. нарушить стипуляцію только отчасти (bb).

И такъ, несомнѣнно, что дѣлимость обязательства при non faciendi obligatio обсуждается по естественному характеру удовлетворенія въ каждомъ частномъ случаѣ.—Вотъ еще доказательство произвольности и неосновательности мнѣнія новѣйшихъ юристовъ, прилагающихъ къ faciendi obligatio другой масштабъ и подводящихъ ее подъ общій принципъ недѣлимости, не обращая никакого вниманія на естественную дѣлимость или недѣлимость удовлетворенія, составляющаго предметъ обязательства.

Резюмируя вкратцѣ все предыдущее изслѣдованіе, мы прійдемъ къ слѣдующимъ простымъ правиламъ:

I. Обязательства что-либо дать, по большей части, дѣлимы. Недѣлимо обязательство установить поземельный сервитутъ.

II. Изъ обязательствъ что-либо сдѣлать одни дѣлимы, другія-недѣлимы, смотря по естественному свойству самаго дѣйствія. Главнѣйшій случай недѣлимаго обязательства этого класса—есть opus.

III. Наконецъ обязательства, имѣющія предметомъ бездѣйствіе, также бываютъ дѣлимы и недѣлимы, смотря по есте-

---

(aa) L. 4 § 1, L. 85 § 3 de V. O. (45. 1).

(bb) L. 4. § 1 de V. O. (45. 1) О значеніи этой стипуляціи срав. L. 15 ratam rem (46. 8). По цѣли и послѣдствіямъ она родственна pactum ne petatur. Подобную же природу имѣетъ стипуляція: ratum haberi. L. 44. § 6 fam. herc. (10. 2).—Напротивъ недѣлима poena compromissa, обезпечивавшая дѣйствительность рѣшенія третейскаго судьи, такъ какъ здѣсь возможны столь разнообразныя нарушенія, что ихъ нельзя свести къ наслѣдственнымъ долямъ L. 5. § 4. de V. O. (45. 1).

ственному свойству дѣйствія, воздержаніе отъ котораго составляетъ предметъ обязательства.

Въ дополненіе упомянемъ еще о нѣкоторыхъ случаяхъ, обыкновенно относимыхъ римскими юристами къ разряду недѣлимыхъ обязательствъ, но на дѣлѣ являющихся весьма разнохарактерными; такъ что соединеніе ихъ съ случаями, о которыхъ мы говорили, представляется весьма нелогическимъ и можетъ вести только къ смѣшенію понятій.

I. Первый случай этого рода касается обязательства, имѣющаго предметомъ genus (напр. доставленіе лошади, неопредѣленной индивидуально) и обязательства альтернативнаго (cc). Онъ не принадлежитъ къ категоріи недѣлимыхъ обязательствъ потому, что почти во всѣхъ отношеніяхъ долженъ считаться обязательствомъ дѣлимымъ. Когда въ немъ участвуетъ множество кредиторовъ или должниковъ, (напр. въ качествѣ наслѣдниковъ первоначальнаго контрагента), то каждый кредиторъ ищетъ, а каждый должникъ отвѣчаетъ въ своей долѣ (dd). Только въ одномъ отношеніи этотъ случай отступаетъ отъ общаго правила: должникъ не можетъ, по своему произволу, уплатить одну часть долга и съ увѣренностью считать долгъ погашеннымъ въ этой части. Дѣйствительно предположимъ, что должникъ представляетъ въ удовлетвореніе интелектуальную половину лошади,—этимъ онъ еще навѣрное не освободился отъ половины своего долга, такъ какъ весьма возможно, что онъ въ дополненіе представитъ половину другой лошади; ѣздить же на двухъ половинахъ разныхъ лошадей никто не можетъ, — и кредиторъ, на самомъ дѣлѣ, имѣетъ право въ силу обязательства требовать доставленія цѣлой лошади съ четырьмя ногами, прикрѣпленными къ одному туловищу. Такимъ образомъ, половинное удовлетвореніе будетъ имѣть значеніе условнаго погашенія до тѣхъ поръ, пока представленіемъ другой половины той же лошади долгъ не будетъ погашенъ вполнѣ.—Тоже самое было бы и съ обязательствомъ альтернативнымъ, имѣющимъ своимъ предметомъ

(cc) L. 2 § 1—4, L. 85 § 4 de V. O. (45. 1).
(dd) L. 2 § 3, L. 85 § 4 de V. O. (45. 1).

напр. лошадь или часы: если бы должнику вздумалось представить пока въ удовлетвореніе половину лошади, то кредиторъ рисковалъ бы довольствоваться половиною лошади и половиною часовъ—вопреки прямаго смысла обязательства (ee). Въ этихъ случаяхъ совершенно безразлично: было ли такое сомнительное и дѣлимое удовлетвореніе предложено единичнымъ должникомъ или же однимъ изъ наслѣдниковъ первоначальнаго должника.

Обязательства разсматриваемаго рода, за исключеніемъ этой единственной и неважной характеристической черты, вполнѣ сходны во всемъ остальномъ со всѣми дѣлимыми обязательствами. Слѣдовательно и они могутъ служить предметомъ частичной кацептиляціи съ опредѣленными послѣдствіями (ff).

Изложенное выше ограниченіе приложимо и къ генерическимъ обязательствамъ, но только къ тѣмъ, въ которыхъ идетъ рѣчь объ единичномъ генусѣ (genus). Если же, напротивъ, обѣщается доставленіе 10 лошадей, то обѣщаніе тогда означаетъ квантитетъ, измѣряемый числомъ, такъ что должникъ, по представленіи пяти лошадей, можетъ прямо получить несомнѣнное освобожденіе отъ половины долга (gg).

2. Второй случай относится къ duplae stipulatio, заключенной въ виду возможной эвикціи и причисляемой также неправильно къ обязательствамъ недѣлимымъ, такъ какъ истинное удовлетвореніе по этому обязательству состоитъ въ уплатѣ извѣстной суммы денегъ, которая дѣлима, какъ и всякое другое денежное обѣщаніе.

Недѣлима только гарантія (defensio), представляемая продавцомъ покупщику во всемъ обязательствѣ, а не въ части его для предотвращенія взысканія двойной продажной цѣны. Но эта гарантія служитъ только предохранительнымъ средствомъ для должника (продавца), и, не составляя объекта обязательства, не можетъ быть предметомъ иска. Такимъ

(ee) L. 2 § 1. 2. L. 85. § 4 de V. O. (45. 1). L. 26 § 13. 14 de cond. ind. (12. 6), L. 15 de leg. 2 (31. un.), L. 9 § 1 de sol. (46. 3), L. 34 § 10 eod.

(ff) L. 2 § 3 de V. O. (45. 1). L. 17 de accept. (46. 4).

(gg) L. 54 pr. L. 117 de V. O. (45. 1). Срав. L. 29 de sol (46. 3).

образомъ случай этотъ вовсе не относится къ недѣлимымъ обязательствамъ (hh).

3. Наконецъ упоминается еще случай трехъ долевыхъ исковъ. Когда въ одномъ изъ такихъ исковъ послѣ litiscontestatio какая-либо сторона умираетъ, то наслѣдники не могутъ продолжать процесса по частямъ; они должны, напротивъ, вести его нераздѣльно или избрать общаго прокуратора (ii). Это постановленіе имѣетъ чисто-процессуальный характеръ; однако оно весьма цѣлесообразно уже потому, что процессуальная разрозненность между наслѣдниками, при участіи въ подобныхъ искахъ каждой стороны одновременно въ качествѣ истца и отвѣтчика, могла-бы повести къ большимъ затрудненіямъ.

§ 33.

IV. Объектъ обязательства. Дѣлимое и недѣлимое удовлетвореніе. (Продолженіе).

По изложеніи различныхъ соображеній о дѣлимыхъ обязательствахъ (§ 31), и перечисленіи затѣмъ отдѣльныхъ случаевъ обязательствъ недѣлимыхъ (§ 32),—намъ остается еще для полнаго разрѣшенія нашей задачи ближе разсмотрѣть практическія послѣдствія недѣлимыхъ обязательствъ.—

Прежде всего мы должны возвратиться къ указанной выше точкѣ зрѣнія и держаться ее при всемъ послѣдующемъ изложеніи.

1. Въ отношеніяхъ одного кредитора къ одному должнику ученіе о недѣлимыхъ обязательствахъ не представляетъ ни малѣйшаго затрудненія. Въ этомъ случаѣ дѣлимость проявлялась въ томъ, что кредиторъ можетъ отыскивать свое право по частямъ, періодически, а должникъ погашать свой долгъ час-

(hh) L. 85 § 5, L. 4 § 2 de V. O. (45, 1), L. 139 eod., L. 62 § 1 de evict. (21. 2). Объясненіе каждаго изъ этихъ текстовъ порознь сопряжено со многими затрудненіями. Срав. Ribbentrop., стр. 197—214.

(ii) L. 48 fam. herc. (10. 2).

тичными, повторяющимися удовлетвореніями. Такой двоякой возможности иска и удовлетворенія нѣтъ въ обязательствахъ недѣлимыхъ, которыя по характеру своему могутъ быть предъявляемы ко взысканію и удовлетворяемы только вполнѣ; это различіе ихъ отъ обязательствъ дѣлимыхъ не имѣетъ однако большаго практическаго значенія.

II. Когда въ одномъ и томъ же обязательствѣ, съ самаго начала, является много кредиторовъ и много должниковъ, то, по отношенію къ дѣлимымъ обязательствамъ существуетъ общее правило, что обязательство дѣлится между всѣми ими ipso jure. Но рядомъ съ этимъ правиломъ стоитъ и возможное здѣсь исключеніе, зависящее отъ произвола сторонъ и установляющее недѣлимость обязательства и отношеніе его къ каждому кредитору и должнику во всей цѣлости.—Это-то исключеніе и составляетъ важное ученіе о корреальныхъ обязательствахъ, разсмотрѣнное нами выше.

Теперь ясно, что упомянутое правило неприложимо къ недѣлимымъ обязательствамъ, а потому наша задача должна состоять въ отысканіи ему суррогата.

Напротивъ, исключеніе (корреальное обязательство) одинаково приложимо и къ недѣлимымъ и къ дѣлимымъ обязательствамъ.

III. Когда умираетъ кредиторъ или должникъ, оставляя многихъ наслѣдниковъ, то претензія и долгъ дѣлится между ними ipso jure.

И это правило неприложимо къ обязательствамъ недѣлимымъ, а потому и здѣсь наша задача состоитъ въ отысканіи ему суррогата (а).

(а) Я ограничился здѣсь только главнѣйшими случаями затрудненій, представляемыхъ недѣлимыми обязательствами, чтобы излишними подробностями не затемнять главную нить изслѣдованія. Но, сверхъ этихъ случаевъ, мы находимъ еще слѣдующіе: 1, L. Falcidia предписывала, что наслѣдникъ, въ случаѣ чрезмѣрнаго обремененія наслѣдства, имѣетъ право удержать изъ каждаго легата такую долю, которая равнялась чистому доходу четвертой части наслѣдства. При дѣлимыхъ обязательствахъ эта операція совершилась путемъ непосредственнаго вычета; при обязательствахъ же недѣлимыхъ легатарь получалъ полный легатъ, но долженъ былъ уплатить наслѣднику слѣдующую ему долю деньгами.

И такъ, мы должны найти по отношенію къ недѣлимымъ обязательствамъ суррогаты неприложимыхъ сюда правилъ въ двухъ случаяхъ, хотя и различныхъ, но и достаточно сродныхъ между собою. Нѣтъ никакого серьезнаго основанія разсматривать оба различнымъ образомъ; а потому мы постараемся примѣнить къ нимъ тождественные принципы. Все это будетъ подтверждено впослѣдствіи свидѣтельствомъ источниковъ.

Первый изъ указанныхъ случаевъ (множество кредиторовъ и должниковъ съ самаго начала) упоминается гораздо рѣже втораго (наслѣдниковъ послѣ кредитора или должника). Чаще всего онъ встрѣчается при тестаментахъ, гдѣ наслѣдодатель возлагаетъ на многихъ наслѣдниковъ недѣлимое обязательство въ видѣ легата. О возникновеніи этого случая изъ договора только одинъ разъ упоминаетъ Павелъ (b), говорящій о земельномъ сервитутѣ, установить который обязались, посредствомъ стипуляціи, многіе собственники одного и того же поземельнаго участка. Причина такого рѣдкаго упоминанія лежитъ уже въ трудности исполненія подобнаго договора. Отсюда обыкновенныя попытки выйти изъ затрудненій: контрагенты, не вступая ни въ какое обязательство, просто старались воспользоваться прямыми послѣдствіями таковаго

L. 80 § 1 ad L. Falc. (35. 2).—2. Павелъ въ L. 2 § 4 de V. O. (45. 1) говоритъ: „Idemque est in ipso promissore, et fijdejussoribus ejus quod diximus in heredibus.“ Это довольно неточное мѣсто даетъ поводъ къ самымъ разнообразнымъ толкованіямъ. Быть можетъ, Павелъ разумѣлъ здѣсь только тѣ ограниченія, о которыхъ онъ упомянулъ непосредственно предъ этимъ по отношенію къ генерическимъ и альтернативнымъ обязательствамъ, и которыя, по его словамъ, должны быть примѣнимы и къ наслѣдникамъ должника: теперь же онъ замѣчаетъ о нихъ по отношенію къ поручительству, а можетъ быть онъ хотѣлъ сказать, что ер. D. Hadriani (beneficium divisionis) не имѣетъ мѣста при недѣлимыхъ обязательствахъ. Можетъ быть слово fidejussoribus есть интерполяція, и Павелъ говорилъ о sponsoribus, права которыхъ на дѣленіе по L. Furia, ipso jure (Gajus III. 121) должны были исчезнуть при недѣлимыхъ обязательствахъ (Scheurl стр. 24). Каждое изъ этихъ толкованій приводитъ къ какому нибудь несомнѣнно вѣрному результату, а потому для насъ безразлично, въ чемъ бы не заключалась истинная мысль Павла.

(b) L. 19 de serv. praed. rust. (8. 3).

(напр. установляя поземельный сервитутъ посредствомъ in jure cessio), или же, заключая предварительно корреальное обязательство (напр. многія лица обязывались соорудить какую либо постройку) тѣмъ самымъ избавлялись отъ всѣхъ затрудненій и сомнѣній. — Здѣсь не прибѣгали къ суррогату потому, что обходили самое правило.—Дѣло представляется совершенно иначе при наличности многихъ наслѣдниковъ, такъ какъ подобнаго случая никогда нельзя предвидѣть и воспрепятствовать его наступленію предупредительными мѣрами. Вотъ почему второй случай упоминается гораздо чаще перваго.

Въ интересахъ дальнѣйшаго изслѣдованія необходимо предварительно разсмотрѣть и выяснить себѣ тѣ средства, при помощи которыхъ рѣшается наша двоякая задача, и каковъ будетъ суррогатъ двухъ упомянутыхъ непримѣнимыхъ правилъ? Къ такой цѣли ведутъ три различные пути.

A. Естественный и разумный способъ можетъ состоять въ томъ, что множество лицъ, стоящихъ въ одномъ обязательствѣ, соглашаются вести дѣло сообща, при чемъ выступаютъ истцами и отвѣтчиками въ лицѣ прокуратора, избраннаго ими сообща. Несомнѣнно что при свободномъ согласіи сторонъ, это всегда возможно, даже при отсутствіи спеціальнаго постановленія закона. Такое соглашеніе встрѣчается довольно часто между многими кредиторами, потому что въ ихъ интересѣ ускорить исходъ дѣла (c); должники-же прибѣгаютъ къ нему рѣже, такъ какъ въ случаѣ привлеченія ихъ къ суду они напротивъ стараются затянуть дѣло. И вотъ необходимо было бы законное предписаніе, принуждающее ихъ къ веденію дѣла сообща, соотвѣтствующее впрочемъ болѣе духу нашего новаго процесса, нежели римскаго (e).

(c) Въ этомъ случаѣ возникаетъ, вслѣдствіе свободнаго соглашенія сторонъ, то же отношеніе, которое предписывается прусскимъ земскимъ правомъ для активныхъ корреальныхъ обязательствъ вообще. См. выше § 27 b.

(d) О принудительномъ установленіи прокуратора упоминается только въ двухъ отдѣльныхъ случаяхъ: во 1-хъ въ искѣ долевомъ, когда одна изъ сторонъ умираетъ во время процесса (§ 32 ii) во 2-хъ, при cautio judicatum solvi, насколько дѣло идетъ о cautio de

B. Другой возможный способъ состоитъ въ приравненіи недѣлимаго обязательства къ солидарному, т. е. уподобленіи его корреальному обязательству. — Мы увидимъ, что къ нему дѣйствительно прибѣгали, но только въ обязательствахъ со многими должниками на одной сторонѣ.

C. Третій способъ былъ очень близко знакомъ римскимъ юристамъ. Современи введенія формулярнаго процесса исполненіе рѣшенія совершалось только посредствамъ разсчета наличными деньгами (e). Переносясь мысленно отъ этого неизбѣжнаго исхода всякаго процесса къ его началу, мы должны будемъ допустить, что всякое недѣлимое обязательство было само по себѣ вполнѣ дѣлимо, потому что обязательство—установить поземельный сервитутъ или исполнить какой либо opus, въ концѣ концовъ разрѣшалось денежнымъ разсчетомъ, а всѣ денежныя обязательства—дѣлимы. Мы увидимъ, что этотъ способъ въ самомъ дѣлѣ употреблялся въ тѣхъ случаяхъ, когда на одной сторонѣ обязательства участвовало нѣсколько кредиторовъ. Въ приложеніи ко многимъ должникамъ онъ упоминается только, какъ отдѣльное мнѣніе одного изъ древнѣйшихъ юристовъ (§ 34, n). Однакоже въ его пользу можно было бы привести еще соображеніе, что такой исходъ наступаетъ несомнѣнно, когда недѣлимое удовлетвореніе представляется не объектомъ обязательства, а только условіемъ, неисполненіе котораго влечетъ за собою условленный денежный штрафъ, такъ какъ послѣдній, подобно всякому денежному обязательству, всегда дѣлимъ (§ 31. O, § 34. p).

---

re defendenda (которая сама по себѣ дѣлима). L. 5. § 7, L. 6 jud. solvi (46. 7). Коль скоро рѣшеніе состоялось и остается только уплатить деньги, — это обязательство вполнѣ дѣлимо, и слѣдовательно не требуется никакихъ искусственныхъ мѣръ для разрѣшенія этого случая. L. 2. § 2 de stip. praet. (45. 5). Въ послѣднемъ текстѣ выраженіе: quamvis possit dici etc. возбуждаетъ сомнѣніе, которое, впрочемъ, устраняется указаннымъ разграниченіемъ, вслѣдствіе чего и не представляется никакого противорѣчія между вышеприведенными текстами.

(e) Gajus Lib. 4 § 48.

Съ практической точки зрѣнія въ недѣлимыхъ обязательствахъ прежде всего необходимо ясно различать положеніе многихъ должниковъ отъ положенія многихъ кредиторовъ, стоящихъ на одной сторонѣ обязательства.

Внутреннее основаніе такого различія состоитъ въ слѣдующемъ. Когда первоначальный должникъ умираетъ, оставляя послѣ себя нѣсколькихъ наслѣдниковъ, то это обстоятельство можетъ разрушить законную надежду кредитора имѣть дѣло съ однимъ должникомъ: является необходимость устранить, насколько возможно, вредныя послѣдствія такого событія.

Если же кредиторъ — умираетъ, оставляя нѣсколькихъ наслѣдниковъ, то для должника не предвидится и вредныхъ отъ этого послѣдствій: такъ какъ удовлетвореніе многихъ кредиторовъ не можетъ быть затруднительнѣе удовлетвореніе одного.

Изложенный нами взглядъ признавался въ нашихъ источникахъ права въ самыхъ разнообразныхъ формахъ, то прямо какъ практическое правило, то въ видѣ сомнѣнія относительно нѣкоторыхъ случаевъ. — Изъ этого взгляда выработался важный общій принципъ: что при недѣлимомъ обязательствѣ всякій наслѣдникъ должника отвѣтствуетъ in solidum (f).

§ 34.

IV. Объектъ обязательства. Дѣлимое и недѣлимое удовлетвореніе. (Продолженіе).

Объ отдѣльныхъ случаяхъ недѣлимыхъ бязательствъ, съ практической точки зрѣнія, необходимо замѣтить слѣдующее:

А. Нѣсколько должниковъ на одной сторонѣ обязательства.

(f) L. 192 pr. de R. J. (50. 17) „Ea, quae in partes dividi non possunt, solida a singulis heredibus debentur.“ Срав. L. 2 § 2 de V. O. (45. 1) „non enim ex persona heredum conditio obligationis immutatur.“ L. 2 § 2 de stipul. praet. (46. 5) въ словахъ: quamvis possit dici etc. Срав. объэтомъ прим. d.

I. Обязательство установить поземельный сервитутъ (dandi obligatio).

Каждый изъ многихъ наслѣдниковъ первоначальнаго должника отвѣтствуетъ in solidum; но уплативший весь долгъ можетъ требовать уплаченное отъ другихъ сонаслѣдниковъ по частямъ путемъ actio familae herciscundae, пропорціонально наслѣдственной долѣ каждаго (a).

Тоже правило вполнѣ приложимо къ случаю нѣсколькихъ первоначальныхъ должниковъ. Такимъ образомъ, если завѣщатель возложилъ на двухъ своихъ наслѣдниковъ обязательство установить въ пользу сосѣда поземельный сервитутъ, то каждый изъ обоихъ должниковъ можетъ быть отвѣтчикомъ по иску in solidum, получая въ такомъ случаѣ право регресса къ содолжнику (b).

Правило, аналогичное этимъ двумъ, но которое не должно смѣшивать съ ними, касается actio confessoria по поводу установленнаго уже поземельнаго сервитута.—Владѣлецъ сервитута, къ каждому изъ противостоящихъ ему нѣсколькихъ общихъ собственниковъ отягченнаго участка земли (напр. къ нѣсколькимъ сонаслѣдникамъ) имѣетъ конфессорный искъ in solidum (c).

II. Обязательство, имѣющее объектомъ исполненіе opus (faciendi obligatio).

О случаѣ со многими наслѣдниками первоначальнаго должника, весьма часто встрѣчающемся при другихъ обстоятельствахъ, здѣсь особо неупоминается. Напротивъ, въ

(a) L. 2 § 2, L. 72 pr. de V. O. (45. 1), L. 25 § 10 fam. herc. (10. 2), L. 17 de serv (8. 1).—Объотношеніи этого права на регрессъ къ общимъ правиламъ корреальныхъ обязательствъ, срав. выше § 23 g.

(b) L. 25 § 11 fam. herc. (10. 2), L. 11 § 24 de leg. 3 (32. un.), L. 80 § 1 ad. L. Falc. (35. 2).

(c) L. 4 §4 si serv. (8. 5), L. 7 de serv. leg. (33 3). Въ послѣднемъ текстѣ рѣчь идетъ о виндикаціи сервитута, предполагающей legatum vindicationis. Слѣдовательно этотъ текстъ прямо неотносится къ нашему вопросу, предполагающему damnationis legatum, какъ источникъ обязательств, и къ которому относятся тексты въ прим. b.

одномъ изъ вышепроведенныхъ текстовъ (d) находится общее положеніе, что подобное обязательство совершенно тождественно съ обязательствомъ установить прediальный сервитутъ, что оно абсолютно недѣлимо и что всякая попытка раздѣлить его извращала бы природу стипуляціи. Это положеніе, по своей общности, обнимаетъ оба случая: и со многими наслѣдниками должника и со многими первоначальными должниками. Но послѣдній тѣмъ не менѣе упоминается особо въ цѣломъ рядѣ текстовъ, трактующихъ о легатѣ, которымъ на многихъ сонаслѣдниковъ возлагается исполненіе opus'a. (e) Объ этомъ легатѣ говорится, что имъ каждый сонаслѣдникъ обязывается in solidum, и что въ случаѣ исполненія всего opus или уплаты его денежной стоимости вслѣдствіе процесса, — онъ имѣетъ противъ сонаслѣдниковъ праворегресса въ силу familiae herciscundae actio. Эти же правила подтверждаются рескриптами многихъ императоровъ.—Такимъ образомъ весь этотъ случай обсуждается совершенно одинаково съ обязательствомъ, имѣющимъ объектомъ установленіе прediаль наго сервитута.

И такъ, по отношенію къ opus дѣло представляется вполнѣ яснымъ. Тѣмъ не менѣе большинство новѣйшихъ писателей выставляетъ по этому вопросу совершенно другую теорію. Они основываютъ ее на томъ самомъ текстѣ Ульпіана, первая половина котораго легла въ основу нашей теоріи, какъ доказательство ея истинности (f) Вслѣдъ за первою половиною, приведенною выше, въ текстѣ идутъ слѣдующія слова:

> Celsus tamen lib. 38. Digestorum refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere; ideoque etiam in hoc gene-

---

(d) L. 72 pr. de V. O. (45. 1), приведена въ § 32. u. О словахъ этого текста fundum tradi подробно говорится въ § 32.

(e) L. 85 § 2 de V. O. (45. 1), L. 11 § 23. 24 de leg. 3 (32. un.), L. 44 § 8 fam. herc (10. 2), L. 80 § 1 ad L. Falc. (35. 2).—Сомнѣніе могла бы возбудить L. 49 § 4 de leg. 2 (31. un.), по которой наслѣдникъ, увеличившій свою долю наслѣдства, обязывается содѣйствовать исполненію opus'a, возложеннаго на наслѣдниковъ, соразмѣрно этой долѣ. Но этотъ текстъ не говоритъ объ отношеніи къ кредитору (имѣющему какждому изъ наслѣдниковъ искъ in solidum), а только о послѣдующихъ разсчетахъ между сонаслѣдниками.

re dividi stipulationem. Secundum quem Celsus ait posse dici, juxta aestimationem facti dandam esse petitionem.

Извѣстно, что въ Дигестахъ есть много мѣстъ, въ которыхъ самъ авторъ не высказываетъ прямо своего мнѣнія о разсматриваемомъ имъ вопросѣ, а ограничивается только указаніемъ на мнѣніе другаго юриста, съ которымъ самъ молчаливо соглашается и пользуется его мнѣніемъ для выраженія своего собственнаго. Такъ именно и понимаютъ почти всѣ писатели приведенный нами текстъ, а для устраненія противорѣчій его съ другими свидѣтельствами источниковъ, они прибѣгаютъ къ неуловимымъ различіямъ: въ какихъ случаяхъ faciendi obligatio была недѣлима и въ какихъ напротивъ она переходила въ денежный долгъ, становясь тогда дѣлимой.

Подробнѣйшимъ образомъ развилъ такое толкованіе текста Донеллъ. Обязательство исполнить извѣстный opus есть чистая faciendi obligatio и потому абсолютно недѣлимо. Но въ теченіи первыхъ дней или недѣль нельзя еще порицать должника за несооруженіе постройки, быть можетъ, весьма обширной; необходимо выждать истеченія того періода времени, въ который возможно было бы окончаніе работы. Съ этого момента въ обязательствѣ совершается существенное измѣненіе: вмѣсто прежней faciendi obligatio является теперь денежный долгъ, въ видѣ вознагражденія убытковъ и процентовъ, который, какъ и всякое денежное обязательство, вполнѣ дѣлимъ; такъ что все это обязательство получаетъ съ момента возможности предъявленія иска свойство дѣлимости (h).

(f) L. 72 pr. de V. O. (45. 1), см. выше. § 32. u.

(g) Donellus in tit. D. de verb. oblig., L. 72. № 25 sq. № 50. sd. Къ нему примкнула большая часть новѣйшихъ юристовъ, впрочемъ уклоняясь отъ него въ подробностяхъ. Срав. Ribbentropp. стр. 223—227. S. 231, Scheurl. стр. 35—37. стр. 40. стр. 102.- Также и Sc. Dentilis l. c., уже въ концѣ послѣдней главы въ немногихъ словахъ объявляетъ себя сторонникомъ этого мнѣнія.

(h) Все это толкованіе имѣетъ цѣлію устранить противорѣчіе между недѣлимостью operis obligatio („Idem puto, etsi quis"...),допускаемою Ульпіаномъ вначалѣ и дѣлимостью, которую признаетъ за тѣмъ Туберъ (а также какъ будто и Ульпіанъ). Соглашенія между ними ищутъ въ словахъ: si non fuerit factum, pecuniam dare oportere". Эти слова означаютъ будто,—что съ истеченіемъ времени, въ которое возможно было исполненіе faciendi obligatio недѣли-

Я отвергаю эту теорію во всей цѣлости, и вотъ почему:

Во 1-хъ, многіе тексты, основанные на императорскихъ рескриптахъ, совершенно одинаково трактуютъ обязательство на сервитутъ и на opus (i). Если же обязательство на сервитутъ считается недѣлимымъ съ самаго начала и до конца (въ чемъ никто не сомнѣвается), обязывая нѣсколькихъ должниковъ солидарно (прим. a. b),—то все это необходимо слѣдуетъ допустить и по отношенію къ обязательству на opus.

Во 2-хъ, тексты ясно выражаются о многихъ отдѣльныхъ должникахъ, обязавшихся къ исполненію какого либо opus'a: in solidum tenetur (k). Но это выраженіе не только въ разсматриваемомъ вопросѣ, но и вездѣ, гдѣ говорится о корреальныхъ обязательствахъ, имѣетъ только одно значеніе: что каждый должникъ порознь обязанъ отвѣчать по иску и исполнять рѣшеніе вовсей цѣлости, совершенно вопреки теоріи Донелла.

Донеллъ старается предупредить это возраженіе, придавая выраженію in solidum tenetur совершенно другой, произвольный смыслъ. Оно будто-бы означаетъ, что если одинъ изъ должниковъ желалъ предотвратить искъ добровольнымъ удовлетвореніемъ, то обязанъ былъ исполнить opus во всей цѣлости; къ объему же и послѣдствіямъ иска оно вовсе не относится (l).

лимая) превращается въ денежное обязательство (дѣлимое). L. 14, L. 84 de V. O. (45. 1) служитъ опорою этому мнѣнію, впрочемъ, только кажущеюся.—Въ нихъ правда говорится, что искъ немогъ быть начатъ, пока исполненіе было возможно, но нѣтъ ни одного слова о томъ, чтобы съ этого момента природа и предметъ иска измѣнялись.

(i) L. 11 § 24 de leg. 3 (32. un.), L. 80 § 1 ad L. Falc. (35. 2), L. 72 pr. de V. O. (45. 1) въ словахъ: „Idem puto, et si quis"...

(k) L. 11 § 23 de leg. 3 (32. un.), L. 80 § 1 ad L. Falc. (35. 2), L. 85 § 2 de V. O. (45. 1).

(l) Весьма слабую опору такому мнѣнію можно было бы найти въ особенныхъ обстоятельствахъ того юридическаго казуса, къ которому относится рескриптъ въ L. 11 § 23 de leg. 3 (32. un) Императоры желали поощрить доброе намѣреніе Прокулы—предотвратить искъ добровольнымъ исполненіемъ; если же тѣмъ неменѣе дѣло все-таки не обошлось безъ иска къ Прокулѣ то, ко-

Наконецъ, несостоятельность этой теоріи выступаетъ особенно рѣзко если имѣть въ виду моментъ и принципъ, въ силу которыхъ должно совершиться мнимое превращеніе обязательства. Солидарное обязательство является вездѣ преимуществомъ для кредитора и стѣсненіемъ для должника. И вотъ, должники освобождались бы отъ этого стѣсненія въ то самое время, когда они виновны въ неблаговидномъ нерадѣніи и въ несомнѣнномъ правонарушеніи: въ этомъ случаѣ противоположное превращеніе обязательства имѣло бы болѣе смысла, нежели указанное выше. Но особенно необходимо замѣтить, что мы вообще не находимъ ни одного случая, гдѣ бы обязательство, въ началѣ солидарное, измѣняло впослѣдствіи свою природу и становилось дѣлимымъ.—При серьезности всѣхъ этихъ соображеній едвали возможно было-бы появленіе разсмотрѣннаго нами толкованія, если бы нсбыло непреодолимаго желанія во что бы то ни стало отождествить мнѣніе Ульпіана, которое онъ выражаетъ отъ своего лица („ idem puto “ etc) съ мнѣніемъ Тубера, которое Ульпіанъ также признаетъ своимъ собственнымъ: отсюда та трудная задача, которую надѣялись разрѣшить путемъ вышеизложеннаго разграниченія двухъ стадій въ одномъ и томъ же юридическомъ отношеніи. Но это именно предположеніе и должно быть отвергнуто. Когда древніе юристы приводятъ чужое сужденіе съ цѣлью воспользоваться имъ для выраженія своего собственнаго мнѣнія, то они обыкновенно не высказываются сами о подлежащемъ разрѣшенію юридическомъ вопросѣ,—а заставляютъ говорить за себя другаго автора (съ которымъ молчаливо соглашаются). Въ приведенномъ нами текстѣ Ульпіанъ, усвоивъ уже опредѣленное мнѣніе и не выражая никакого сомнѣнія въ его вѣрности, высказался о самомъ вопросѣ; поэтому онъ не могъ приводить чужое сужденіе для той же цѣли, а развѣ только для подкрѣпленія своего собственнаго мнѣнія или, наоборотъ, для указанія, что вопросъ подлежитъ спору.

нечно, необходимо было присудить съ послѣдней всюденежную стоимость opus'a.

Взвѣшивая безпристрастно всѣ эти обстоятельства, мы найдемъ столь же простое и естественное объясненіе для цѣлаго текста, какъ и удовлетворительное для предлежащаго вопроса вообще. Сначала Ульпіанъ говоритъ, что обязательство установить сервитутъ недѣлимо; затѣмъ, что тоже самое онъ думаетъ (Idem puto) и объ обязательствѣ исполнить opus. Этимъ весь вопросъ исчерпанъ, и Ульпіанъ остается въ полномъ согласіи со всѣми другими текстами Дигестъ, хотя и не упоминаетъ о необходимыхъ послѣдствіяхъ недѣлимости (солидарность и регрессъ); онъ ихъ предполагаетъ; въ заключеніе же и совершенно некстати онъ прибавляетъ еще слѣдующую литературную странность:

„Но слѣдуетъ однако замѣтить, что, по словамъ Цельза, Туберъ нѣкогда держался совершенно другаго мнѣнія.—Онъ утверждалъ, что обязательство исполнить opus („ubi quid fieri stipulemur"), въ случаѣ неисполненія, превращается непосредственно въ денежное („pecuniam dari oportere"), становясь, слѣдовательно, дѣлимымъ (какъ и всякій денежный долгъ). Цельзъ прибавляетъ, что, по мнѣнію Тубера, самый искъ долженъ быть направленъ на деньги, выражающія стоимость opus'a" (m).

По такому толкованію во всемъ текстѣ Ульпіана и нѣтъ рѣчи о различномъ обсужденіи operis obligatio, сообразномъ съ моментами времени;—въ немъ говорится о двухъ разныхъ и діаметрально-противоположныхъ одно другому мнѣніяхъ, изъ которыхъ одно приводится какъ замѣчательная странность давнопрошедшихъ временъ (n). И такъ тождественность

(m) Это заключительное замѣчаніе неважно, такъ какъ изъ него ясно видно, что Туберъ имѣлъ въ виду чистую operis stipulatio, безъ обезпеченія ея денежнымъ штрафомъ. При существованіи poenae stipulatio и не могло быть рѣчи объ оцѣнкѣ стоимости. Срав. прим. р.

(n) Для подкрѣпленія этого толкованія могутъ служить еще слѣдующія обстоятельства. Ульпіанъ и его современники, ссылаясь для объясненія практическихъ вопросовъ, на древніе авторитеты, рѣдко восходятъ до временъ основателей двухъ школъ (Лабеонъ и Капитонъ), а еще рѣже къ писателямъ республиканской эпохи. Затѣмъ Ульпіанъ не далъ себѣ даже труда обозрѣть сочиненіе Тубера; онъ цитируетъ его со словъ Цельза, который, впро-

обсужденія обязательствъ установить сервитутъ и исполнить opus не подлежитъ болѣе сомнѣнію.

III. Обязательство, имѣющее объектомъ недѣлимое бездѣйствіе (§ 32. z. aa. bb.)

Принципъ здѣсь тотъ же, что и во предъидущихъ случаяхъ. Такимъ образомъ, если одинъ изъ содолжниковъ предпринимаетъ дѣйствіе, отъ котораго онъ обязался воздерживаться, то всѣ они отвѣтствуютъ in solidum: такъ какъ для кредитора безразлично лицо, нарушающее его справедливую претензію на бездѣйствіе другаго.—Что же касается способа регресса между содолжниками, то въ этомъ отношеніи представляется слѣдующее различіе, вытекающее изъ природы вещей.—Въ предъидущихъ обязательствахъ (сервитутъ и opus) дѣйствіе регресса состоитъ въ представленіи каждымъ содолжникомъ pro rata удовлетворенія, присужденнаго истцу-кредитору; слѣдовательно, на каждаго сонаслѣдника оно падаетъ пропорціонально наслѣдственной части. При обязательствахъ же, имѣющихъ предметомъ недѣлимое бездѣйствіе, сила регресса состоитъ въ возложеніи всего удовлетворенія, требуемаго кредиторомъ, исключительно на виновника правонарушенія; прочіе содолжники свободны отъ отвѣтственности (o).

Обозрѣвая сгруппированные здѣсь случаи недѣлимыхъ обязательствъ (сервитутъ, opus, бездѣйствіе) мы замѣтимъ вездѣ вліяніе одного и того же принципа: нѣсколько должниковъ

чемъ, также далекъ отъ яснаго соглашенія съ Тубером. Наконецъ, нужно замѣтить, что сочиненія Тубера не были популярны вслѣдствіе ихъ устарѣлаго стиля. L. 2 § 46. de O. J. (1. 2). Единственный изъ писателей, у которыхъ я нашелъ изложенное здѣсь объясненіе, это—Merenda controverses. Lib. 8 C. 28.

(o) L. 2 § 5, L. 3 pr. § 1, L. 4 pr. § 1, L. 85 § 3, L. 131 pr. de V. O. (45. 1), L. 25 § 12, L. 44 § 5 fam. herc. (16 2): Новѣйшіе писатели часто возбуждали неосновательныя сомнѣнія, вслѣдствіе неточнаго пониманія конструкціи словъ: Sed videamus etc, — Необходимо имѣть въ виду, что въ этомъ текстѣ Павелъ вовсе не противорѣчитъ Катону и напротивъ вполнѣ согласенъ съ нимъ. Этотъ пунктъ весьма удовлетворительно развилъ Scheurl. стр. 26—29.

обязываются здѣсь in solidum. Но не слѣдуетъ упускать, однако, изъ виду, что этотъ принципъ долженъ быть примѣняемъ только къ дѣйствительно-недѣлимымъ обязательствамъ, т. е. когда сама стипуляція имѣетъ въ виду сервитутъ, opus или бездѣйствіе. Иное дѣло, когда эти виды удовлетворенія состоятъ не въ obligatione, а въ conditione, т. е. когда денежный штрафъ былъ обусловленъ на случай неустановленія сервитута, не исполненія opus'a или отсутствія бездѣйствія. Здѣсь уже само обязательство имѣетъ въ виду денежное удовлетвореніе, потому всегда дѣлимо. (p)

Установленныя нами правила объ отношеніи многихъ должниковъ въ недѣлимыхъ обязательствахъ могутъ облегчить обѣщанное нами выше объясненіе одного пункта въ ученіи о корреальныхъ обязательствахъ (§ 16. b. и § 17. a). На это отношеніе слѣдуетъ смотрѣть какъ истинное, настоящее корреальное обязательство, въ строжайшемъ смыслѣ этого слова; природа его такая же, какъ и въ томъ случаѣ, когда стипуляція ведетъ къ установленію duo rei promittendi: и, въ самомъ дѣлѣ, это одно и то же обязательство, относящееся всецѣло и безраздѣльно ко многимъ должникамъ. Слѣдовательно, этотъ случай существенно отличается отъ ненастоящей корреальности, гдѣ множество обязательствъ, независимыхъ одно отъ другаго, состоятъ между собою въ такомъ взаимномъ отношеніи, что погашеніе одного прекращаетъ собою другое, лишая его предмета (§ 16. c. § 20. 21).

Такимъ образомъ изложенные здѣсь случаи имѣютъ въ дѣйствительности то свойство, что производятъ истинное корреальное обязательство, ipso jure, помимо согласія сторонъ. (q)

(p) Срав. выше § 31 o.

(q) Ribbentropp § 21—24 (особенно стр. 241) видитъ только большое сходство между этими случаями, не подводя ихъ подъ одно родовое понятіе, такъ какъ между ними есть будто и существенное различіе. Однако все сказанное имъ въ § 4 — 6 о понятіи собственно-корреальнаго обязательства совершенно подходитъ къ нашему случаю и даже изъ всѣхъ практическихъ послѣдствій корреальнаго обязательства, изложенныхъ выше (§ 18. 19), я не знаю ни одного, которое не было бы вполнѣ примѣнимо и здѣсь.

Справедливость этого положенія станетъ очевидною по разсмотрѣніи одного изъ нихъ именно, когда съ самаго начала участвуетъ въ недѣлимомъ обязательствѣ нѣсколько должниковъ (прим. b). Здѣсь виновники долга могли прямо установить истинное корреальное отношеніе; только дѣлимость долга была невозможна (§ 33). Поэтому весьма естественно предположить, что они сознавали настоящее положеніе дѣла и желали истинной корреальности, но не выразили ее ясно.

§ 35.

IV. Объектъ обязательства. Дѣлимое и недѣлимое удовлетвореніе. (Продолженіе).

В. Практическій обзоръ недѣлимыхъ обязательствъ, въ которыхъ на одной сторонѣ участвуетъ много кредиторовъ. (срав. § 33. 34).

I. Установленіе сервитута.

По смерти кредитора, оставившаго многихъ наслѣдниковъ, каждый изъ послѣднихъ можетъ искать in solidum (a), но съ отвѣтчика присуждается не весь долгъ, а только часть его, соотвѣтствующая наслѣдственной долѣ истца (b). При этомъ очевидно предполагается, что и всякій изъ сонаслѣдниковъ начнетъ искъ тѣмъ же порядкомъ и добьется того же результата.

Точно также, если съ самаго начала на одной сторонѣ обязательства участвуетъ нѣсколько кредиторовъ, то каждый изъ нихъ можетъ искать in solidum (c), и мы можемъ, не колеблясь, дополнить это правило ближайшими опредѣленіями касающимися упомянутаго случая многихъ сонаслѣдниковъ (d).

(a) L. 2 § 2 de V. O. (45. 1), L. 17 de serv. (8. 1), L. 25 § 9 fam. herc. (10. 2).

(b) L. 25 § 9 fam. herc. (10. 2).

(c) L. 19 de S. P. R. (8. 3).

(d) Это тѣмъ болѣе возможно, что въ концѣ L. 19 cit., оба эти случая считаются вполнѣ однородными, и изъ правила, относящагося къ одному, выводится правило для другаго.

Во второмъ случаѣ необходимо обратить вниманіе еще на аналогію его съ тѣмъ, когда уже установленный сервитутъ принадлежитъ поземельному участку, — имѣющему одновременно многихъ собственниковъ. Всякій изъ послѣднихъ имѣетъ право начать конфессорный искъ in solidum, но рѣшеніе можетъ присудить только сумму, соотвѣтствующую личному интересу истца, т. е. его квотѣ въ правѣ собственности на недвижимость Тотъ же искъ можетъ быть предъявленъ впослѣдствіи и всякимъ другимъ сособственникомъ, желающимъ также воспользоваться выгодами, полученными его сотоварищемъ изъ прежде начатаго процесса (e). Послѣднее правило можетъ быть, безъ всякаго сомнѣнія, распространено и на разсматриваемый нами случай,—такъ какъ въ приведенныхъ текстахъ, оба иска (личный и конфессорный) трактуются совершенно одинаково.

Одно изъ установленныхъ здѣсь правилъ можетъ возбудить различныя сомнѣнія. Почему каждый изъ кредиторовъ, предъявляя искъ in solidum, получаетъ однако по рѣшенію не все, а только часть? Это положеніе связано главнымъ образомъ, съ понятіями древнихъ формулъ и въ собственности съ intentio. Если кредиторъ желалъ направить intentio на часть всего обязательства (т. е. на viam dari oportere pro parte dimidia или tertia), то его требованіе было бы нелѣпо и не возможно, такъ какъ часть подобнаго сервитута не мыслима. Этого именно и нужно было избѣгать, а потому intentio направлялась просто на viam dari oportere;—но сверхъ того нужно было дать истцу не болѣе того, что ему слѣдовало, а это достигалось ограничительною редакціею condemnatio.

Съ такимъ понятіемъ объ intentio связывался еще одинъ важный практическій результатъ. Въ случаѣ обвиненія отвѣтчика судья тѣмъ самымъ признавалъ существованіе обязательства во всей его цѣлости, и сокредиторы могли впослѣдствіи воспользоваться законною силою этого рѣшенія такъ же точно, какъ и при конфессорномъ искѣ (прим. е.).

Но за то, съ другой точки зрѣнія, такое понятіе объ in-

(e) L. 4 § 3 si serv. (8. 5). Срав. Savigny. System. т. 6 § 301 стр. 479.

tentio должно было по видимому, имѣть весьма опасныя послѣдствія для сокредиторовъ. Оно раскрывало in judicium обязательство во всей цѣлости, т. е. поглащало его, такъ что прочіе кредиторы (повидимому) не имѣли болѣе права иска (§ 19, а. в). Очевидно, что намѣреніе сторонъ было не таково, а потому не могло быть на дѣлѣ и такихъ послѣдствій иска. Но гдѣ же были средства противъ подобной опасности? Можно было бы думать, что послѣдующіе истцы получали всякій разъ реституцію; но не вѣроятно, чтобы могло существовать подобное правило, и чтобы тяжущіеся могли успокоиться въ виду столь опасныхъ и нелѣпыхъ его послѣдствій, только перспективно - возможной реституціей. — Я полагаю, напротивъ, что здѣсь не было никакой надобности въ реституціи, такъ какъ извѣстныя формы древняго процесса давали правильное и достаточное средство защиты. Если кто либо желалъ взыскать въ извѣстный срокъ уплату по претензіи періодически повторяющейся, то intentio также направлялась на всю сумму претензіи; но чтобы исключить отсюда всѣ будущія срочныя уплаты и предотвратить поглощеніе всей претензіи, въ заголовкѣ ставилась praescriptio въ такой формѣ: ea res agatur, cujus rei dies fuit (f). Точно также и въ разсматриваемомъ случаѣ могла имѣть мѣсто praescriptio, напр. въ такихъ словахъ: ea res agatur de eo, quod (или quanti) Seji interest. Обѣ эти praescriptiones имѣли одну и туже цѣль: устранить возможныя опасныя послѣдствія неизбѣжно — широкаго пониманія intentio (g).

II. Исполненіе opus'a.

Когда кредиторъ, имѣющій по условію право на opus, уми-

(f) Gajus Lib. 4 § 130—137.

(g) Казалось бы, что въ этомъ случаѣ можно гарантировать себя посредствомъ incerta intentio, отнесенной единственно къ личности настоящаго истца,—чѣмъ и пользовались на самомъ дѣлѣ въ другихъ трудныхъ случаяхъ. (Keller. Zeitschrift XV. 147); но тогда подобный искъ нельзя было бы назвать in solidum actio. Предположивъ, что умершій называется A. Agerius, а истецъ— наслѣдникъ Sejus, я такъ понимаю всю эту формулу: ea res agatur de eo, quod Seji interest. Si paret, N. Negidium heredibus A. Agerii viam perfundum Cornelianum dare oportere, quanti ea res est, condemna.

раетъ, оставляя нѣсколькихъ наслѣдниковъ, то можетъ возникнуть вопросъ: какъ должны послѣдніе отыскивать свои права? Тоже самое и въ томъ случаѣ, когда право на opus было первоначально выговорено одновременно нѣсколькими лицами.

Я не нашелъ въ нашихъ источникахъ права никакого указанія на рѣшеніе этого вопроса; тѣмъ не менѣе, я ни мало не колеблясь, приложу къ нимъ тѣже правила, какія были установлены выше по отношенію къ сервитутамъ. Слѣдовательно, каждый кредиторъ долженъ искать in solidum, а должникъ присуждается къ уплатѣ той части, которая лично принадлежитъ истцу.

III. Недѣлимое бездѣйствіе.

Когда кредиторъ умираетъ, оставляя многихъ наслѣдниковъ, а должникъ дѣйствуетъ вопреки договору, то каждый изъ наслѣдниковъ можетъ искать отдѣльно только убытки, причиненные ему лично нарушеніемъ договора.

Слѣдовательно, если стипуляція гласитъ: per te non fieri, quo minus ire agere liceat, а по смерти кредитора одинъ изъ наслѣдниковъ встрѣтитъ противодѣйствіе въ пользованіи дорогою, то онъ и можетъ искать; прочіе же сонаслѣдники, не потерпѣвшіе правонарушенія, не имѣютъ права иска (h).

По поводу сгруппированныхъ здѣсь случаевъ необходимо вспомнить сдѣланное нами выше замѣчаніе (§ 33): нѣсколько кредиторовъ могутъ облегчить и упростить защиту своего права, дѣйствуя сообща при посредствѣ общаго прокуратора, который однимъ искомъ осуществляетъ право во всей его цѣлости.

Этимъ соображеніемъ парализуется сила тѣхъ практическихъ затрудненій, которыя можно было бы выставить противъ правилъ, установленныхъ въ настоящемъ параграфѣ, а въ особенности противъ различной точки зрѣнія на положеніе должниковъ и кредиторовъ въ недѣлимыхъ обязательствахъ.

(h) L. 2 § 6, L. 3 pr., L. 4 pr. de V. O. (45. 1).

§ 36.

Объектъ обязательства. Дѣлимое и недѣлимое удовлетвореніе. (Продолженіе).

Въ заключеніе теоріи о недѣлимыхъ обязательствахъ слѣдуетъ отвѣтить еще на одинъ вопросъ: вполнѣ ли приложимо изложенное ученіе къ дѣйствующему праву?

Рѣшеніе этого вопроса въ большей части случаевъ связано съ пониманіемъ самаго римскаго права и въ этомъ отношеніи я не разъ уже вынужденъ былъ протестовать противъ господствующихъ мнѣній (§ 32. 34). Теперь же мнѣ необходимо еще болѣе разширить предѣлы протеста для защиты приложимости этого ученія отъ многочисленныхъ возраженій новѣйшихъ писателей.

По мнѣнію, весьма распространенному, большая часть римскихъ правилъ въ немъ господствующихъ основана на древней системѣ формулъ, непримѣнимой въ настоящее время,— но я полагаю, что Римляне въ этомъ отношеніи избрали только простѣйшую и естественнѣйшую точку отправленія, а потому принципы ихъ не могутъ существенно отличаться отъ нашихъ.

Съ особенной силой указываютъ на то, что громадное вліяніе на ученіе имѣла характеристическая и чуждая намъ строгость римской стипуляціи. Въ доказательство такого мнимаго вліянія приводится то случайное и безразличное обстоятельство, что римскіе юристы обыкновенно трактовали объ этомъ предметѣ въ связи съ общимъ ученіемъ о стипуляціяхъ. Однако безпристрастное изслѣдованіе вопроса должно привести насъ къ убѣжденію, что въ неформальныхъ контрактахъ понятіе о недѣлимыхъ обязательствахъ и практическое ихъ обсужденіе были проникнуты совершенно тѣмъ же характеромъ какъ и при стипуляціяхъ. Установленіе дорожнаго сервитута могло быть обѣщано посредствомъ стипуляціи; обязательство въ этомъ случаѣ было недѣлимо, и всѣ наслѣдники должника обязывались in solidum. (§ 34. a). Но то же самое

обязательство могло установится и неформальнымъ договоромъ продажи (§ 32. d), и нѣтъ никакого основанія для допущенія въ этомъ случаѣ другаго послѣдствія: обязательство и здѣсь недѣлимо, а наслѣдники продавца также обязываются in solidum.—Когда предприниматель какой либо постройки обязывается посредствомъ стипуляціи, то обязательство недѣлимо и переходитъ на наслѣдниковъ должника in solidum. (§ 34. d. e.); то же обязательство можетъ возникнуть и безъ стипуляціи, вслѣдствіе неформальнаго operis locatio, и также нѣтъ основанія трактовать этотъ случай не одинаково съ стипуляціею.

Противники нашего мнѣнія дѣлаютъ еще шагъ впередъ. Кромѣ таинственнаго вліянія, производимаго будто бы стипуляціею, въ противоположность неформальнымъ контрактамъ, на римскую теорію недѣлимыхъ обязательствъ, они приписываютъ особенно важное значеніе въ этомъ направленіи и стипуляціямъ конвенціональнымъ (stipulationes conventionales), въ противоположность стипуляціямъ преторскимъ что опять служило возраженіемъ противъ приложенія римской теоріи къ нашему времени. Преторскія стипуляціи, говорятъ они не должны подлежать безпощадной строгости первыхъ стипуляцій; онѣ легче подвергались вліянію разумной справедливости, что видно уже изъ упоминанія, по ихъ поводу, о vir bonus;— поэтому по отношенію къ этимъ стипуляціямъ допускается множество исключеній изъ мнимыхъ римскихъ правилъ о конвенціональной стипуляціи (a). Въ текстахъ римскихъ юристовъ я не нашелъ ни малѣйшаго намека на это мнимое практическое различіе; а потому прямо отвергаю и всѣ основанія, на которыхъ оно построено. Въ случаяхъ stipulationes conventionales имѣла мѣсто та же разумная справедливость, и vir bonus имѣлъ несомнѣнное право прилагать свои снисходительные человѣколюбивые взгляды. (b)

Наконецъ, придаютъ еще особенное значеніе древнему кон-

(a) Scheurl. стр. 83. 85. Онъ ссылается на L. 3 § 6. 7 si cui plus (35. 3), L. 12. 17. 18 jud. solvi (46. 7).

(b) L. 137 § 2. 3 de V. O. (45. 1). Въ § 2 говорится: „Cum ita stipulatus sum, Ephesi dari...magis est, ut totam eam rem ad judicem, id est ad virum bonum, remittamus“ etc.

тракту между certum и incertum, также чуждому нашему дѣйствующему праву. Всякое incertum, въ смыслѣ противоположности стипуляціи, по ихъ мнѣнію, абсолютно недѣлимо (c). Но такое положеніе ни на чемъ не основано. Стипуляція пожизненнаго пользованія (узуфруктъ) конечно incerta, благодаря неизвѣстной продолжительности жизни; стипуляція процентовъ— incerta, по неизвѣстности продолжительности капитальнаго долга (d); тѣмъ не менѣе обѣ стипуляціи несомнѣнно дѣлимы.

Всѣ приведенныя соображенія говорятъ несомнѣнно въ пользу полнаго приложенія римской теоріи недѣлимыхъ обязательствъ къ дѣйствующему праву.

Но есть все-таки одинъ важный пунктъ, по отношенію къ которому мы вынуждены допустить это приложеніе въ смыслѣ нѣсколько отклоняющемся отъ понятія древнихъ юристовъ.

Во времена послѣднихъ всякое судебное рѣшеніе и исполненіе сводились въ концѣ концовъ къ денежному эквиваленту; съ этой точки зрѣнія, мы и должны понимать изложенныя нами римскія правила о недѣлимыхъ обязательствахъ; но важный принципъ этотъ исчезъ уже въ юстиніановскомъ правѣ, по которому рѣшеніе шло прямо на предметъ иска, точно также и исполненіе, на сколько то было возможно. Эта существенная модификація получила еще большее развитіе въ новѣйшемъ правѣ (e).

Вліяніе ея на практическое значеніе недѣлимыхъ обязательствъ не ускользнуло даже отъ вниманія нашихъ юристовъ (f). Мы разсмотримъ подробнѣе послѣдствія этого вліянія на вышеизложенныя практическія правила (§ 34. 35).

A. Отношеніе между нѣсколькими должниками.

(c) Rubo, стр. 31. 52. Его основательно опровергаетъ Scheurl, стр. 50.

(d) L. 75 § 3. 9 de V. O. (45. 1).

(e) Savigny System. т. 9 § 287. b. c.

(f) Ribbentrop., стр. 185. Scheurl., стр. 109. Впрочемъ, они согласны только въ вопросѣ о формѣ, а въ практическихъ результатахъ совершенно расходятся.

I. Установленіе сервитута.

Солидарное обязательство одного должника осталось неизмѣннымъ. Но по римскому праву послѣдствіемъ его было, что должникъ, избранный отвѣтчикомъ и уплатившій всю денежную стоимость сервитута, получалъ ее потомъ обратно по частямъ съ каждаго изъ своихъ содолжниковъ. Въ дѣйствующемъ правѣ судебное присужденіе идетъ прямо на установленіе сервитута, и отвѣтчикъ считается въ этомъ отношеніи представителемъ своихъ содолжниковъ. Если отвѣтчикъ не желаетъ или не можетъ исполнить рѣшенія въ назначенный срокъ (напр. вслѣдствіе несогласія содолжниковъ), тогда оно приводится въ исполненіе непосредственно самимъ судомъ. Съ этой цѣлью судъ назначаетъ экспертовъ для опредѣленія, по выслушаніи сторонъ, направленія и объема сервитута, который, затѣмъ, по окончательному рѣшенію почитается установленнымъ.—Процессъ этотъ непосредственно примыкаетъ къ совершенно аналогичному правилу древняго права. Вслѣдствіе иска о раздѣлѣ судья могъ произвести раздѣлъ съ установленіемъ въ одномъ участкѣ сервитута въ пользу другаго участка. Въ этомъ случаѣ право на сервитутъ также вытекало прямо изъ судебнаго рѣшенія (g).

II. Исполненіе opus'a.

Солидарное обязательство осталось неизмѣннымъ. Рѣшеніе имѣетъ въ виду не уплату денежной стоимости, а самый opus. Однакоже здѣсь часто бываетъ невозможно принудительное исполненіе,—да оно, быть можетъ, и неудовлетворитъ кредитора. Въ такомъ случаѣ все разрѣшается денежнымъ платежемъ въ томъ смыслѣ, что работа, съ согласія истца, исполняется третьимъ лицомъ насчетъ отвѣтчика.

III. Недѣлимое бездѣйствіе.

И здѣсь уцѣлѣло солидарное обязательство. Нарушеніе договора влечетъ за собою только взысканіе убытковъ.

(g) L. 22. § 3 fam. herc. (10. 2). Узуфруктъ могъ быть установленъ такимъ же образомъ. L. 6 § 1 deusufr. (7. 1) L. 6 § 10 comm. div. (10. 2) Evadm. Vatic. § 47. Слѣдовательно adjudicatio была достаточна для установленія сервитута по jus civile и не было надобности въ in jure cessio.

Но истецъ въ тоже время можетъ требовать отъ отвѣтчика, въ обезпеченіе будущихъ правонарушеній неустойки или поручительства (h).

B. Отношеніе многихъ кредиторовъ.

I. Установленіе сервитута.

И здѣсь каждый вѣритель ищетъ порознь, но въ качествѣ представителя остальныхъ. Рѣшеніе идетъ на самый сервитутъ, а не на деньги; здѣсь, слѣдовательно, не можетъ быть рѣчи, какъ въ римскомъ правѣ, о присужденіи только доли, слѣдующей истцу.

II. Исполненіе opus'a.

Сюда приложимо тоже правило, что и при сервитутѣ только въ непремѣнной связи съ изложенными выше модификаціями для случая нѣсколькихъ лицъ, обязавшихся исполнить opus.

III. Недѣлимое бездѣйствіе.

И въ этомъ случаѣ право иска признается только за потерпѣвшимъ лицомъ (§ 35, g); сюда же приложимо также упомянутое выше обезпеченіе на будущее время (прим. h).

§ 37.

IV Объектъ обязательства. Возможное и невозможное удовлетвореніе.

4. Четвертая противоположность, лежащая въ существѣ удовлетворенія состоитъ въ томъ, что послѣднее бываетъ или возможное, или невозможное.

Важное практическое значеніе этой противоположности сказывается въ томъ, что обязательство вслѣдствіе невозможности удовлетворенія по принципу считается ничтожнымъ. Объ этомъ умѣстнѣе будетъ говорить въ ученіи о дѣйствительности обязательственныхъ соглашеній; здѣсь же пока достаточно уста-

---

(h) Если въ римскомъ правѣ не упоминается о такомъ обезпеченіи, то это объясняется тѣмъ, что рѣшеніе должно было касаться не интереса отдѣльнаго правонарушенія, а стоимости всего обязательства, такимъ образомъ уничтожаемаго по отношенію къ истцу.

новить только принципы, на которыхъ основана эта противоположность.

Связь указанной противоположности съ общею природою обязательства состоитъ въ слѣдующемъ. Обязательство имѣетъ цѣлью превратить свободныя дѣйствія, представляющіяся случайными и неизвѣстными явленіями, въ необходимыя и извѣстныя (§ 2). Такимъ образомъ, если дѣйствіе, составляющее удовлетвореніе по обязательству, невозможно, то оно уже противно упомянутому характеру обязательства.—Мы можемъ тоже самое сказать о дѣйствіяхъ необходимыхъ самихъ по себѣ въ томъ смыслѣ, что обязательство не можетъ ихъ превратить въ необходимыя, тогда какъ только что признали такое превращеніе цѣлью обязательства;—но это послѣднее обстоятельство имѣетъ такъ мало практическаго значенія, что распространяться о немъ не стоитъ.

Невозможное (а также и необходимое само по себѣ) удовлетвореніе по обязательству представляетъ близкое сходство съ невозможными (и необходимыми) условіями. А потому, подробности, изложенныя нами въ другомъ мѣстѣ, по поводу послѣднихъ (a), могутъ быть большею частью приложены и къ ученію о невозможномъ удовлетвореніи; здѣсь же мы ограничимся краткими замѣчаніями.

Невозможность удовлетворенія вытекаетъ изъ естественныхъ и юридическихъ основаній (b). Естественная невозможность имѣетъ мѣсто тамъ, гдѣ рѣчь идетъ о вещахъ, никогда не существовавшихъ, или переставшихъ существовать, или немогущихъ существовать (c). — Юридическая невозможность представляется въ томъ случаѣ, когда обязательство имѣетъ цѣлью перенести право собственности на вещи, не способныя стать предметомъ собственности, или составляющія уже собст-

---

(a) Savigny System т. 3. § 121—124.

(b) Общее выраженіе: Impossibile или quod natura fieri non concedit. L. 35 pr. de V. O. (45. 1), L. 31. 185 de R. J. (50. 17).

(c) § 1. 5 J. de inut. stip. (3. 19), L. 15 pr. de contr. emt, (18. 1), L. 69, L. 97 pr. de V. O. (45. 1). — Примѣры: обѣщаніе дать hippocentaurus'a; обѣщаніе дать лошадь, когда она уже околѣла.

венность вѣрителя (d). Точно тоже слѣдуетъ сказать объ обязательствѣ устроить бракъ между лицами, для которыхъ бракъ невозможенъ (e).

Подобный же характеръ представляетъ и всякое дѣйствіе противозаконное или безнравственное (f). Само собою разумѣется, что это положеніе не слѣдуетъ понимать, какъ его поняли многіе въ ученіи объ условіи, будто, что дѣйствіе этого рода юридически невозможно. Даже преступленіе само по себѣ возможно; оно только запрещено подъ страхомъ наказанія (g). Дѣйствія же, противныя праву и нравственности, совершенно тождественны съ невозможными въ томъ смыслѣ, что они не могутъ быть предметомъ дѣйствительнаго обязательства и, главное, что подобныя обязательства никогда не найдутъ защиты предъ судомъ.

Остается указать еще на одно особенно-важное различіе въ этомъ отношеніи. Невозможность коренится или въ природѣ самаго дѣйствія или въ личномъ положеніи должника. Только первый видъ невозможности (объективной), къ которому и относятся всѣ изложенныя соображенія, считается невозможностью. Второй видъ (субъективная невозм:) не можетъ служить оправданіемъ для должника и не освобождаетъ его, слѣдовательно, отъ вредныхъ послѣдствій, связанныхъ съ произвольнымъ неисполненіемъ обязательства.—Ни малѣйшему сомнѣнію не подлежитъ приложеніе послѣдняго вида невозможности къ случаю, когда должникъ, обязавшійся доставить извѣстную сумму денегъ, не можетъ исполнить обязательства по неимѣнію ни наличныхъ денегъ, ни кредита, — такъ какъ деньги вездѣ

(d) § 2 J. de inut. stip. (3. 19), L. 82 pr., L. 103 de V. O. (45. 1), L. 182 de R. J. (50. 17).

(e) L. 35 § 1 de V. O. (45. 1).

(f) L. 26, L. 27 pr, de V. O. (45. 1), L. 15 de cond. inst. (28. 7), L. 4 C. de inut. stip. (8. 39).—Общее выраженіе:— turpe, contra bonos mores. Правонарушенія и въ особенности преступленія суть только частныя проявленія.

(g) Двоеженство и бракъ между братомъ и сестрою юридически невозможны. Прелюбодѣяніе положительно возможно, но только безнравственно, противно праву и наказуемо. Срав. System т. 3. § 122.

эсть, и обстоятельство, что этотъ должникъ не можетъ доставить обѣщаннаго, связано просто съ его личнымъ положеніемъ.

Это важное различіе Венулей развилъ слѣдующимъ образомъ (h). Объективную невозможность, которая одна должна быть принимаема во вниманіе, онъ называетъ impedimentum naturale, а субъективную, не имѣющую никакихъ послѣдствій, facultas dandi. О послѣдней онъ говоритъ: Est autem facultas, personae commodum incommodum, non rerum, quae promittuntur...Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet. Въ подкрѣпленіе истинности этого положенія онъ приводитъ два нелѣпыя и несомнѣнно ложныя послѣдствія, которыя необходимо признать, если не допустить самаго положенія. Одно находится въ концѣ текста: ne incipiat dici, eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit. — Другое, нѣсколько натянутое, помѣщено въ срединѣ: Et alioquin, si quis Stichum dari sponderit, quaeremus, ubi sit Stichus: ut sic (i) non multum referre videatur, E p h e s i d a t u r u m s e, an (quod Ephesi sit, cum ipse Romae sit) d a r e spondeat: nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet. Венулей хочетъ сказать: если кто либо обѣщаетъ въ Римѣ посредствомъ стипуляціи манципировать раба Стиха, находящагося въ то время въ Эфесѣ, и если стипуляція имѣетъ цѣлью прямое—dare, то должникъ обязанъ принять на себя трудъ и издержки доставленія раба въ Римъ; обстоятельство, что онъ не имѣетъ еще этого раба въ своемъ распоряженіи въ Римѣ, относится единственно къ его личной facultas и difficultas. Напротивъ, если стипуляція не гласитъ: Ephesi daturum se, то достаточно, чтобы должникъ совершилъ манципацію въ Эфесѣ.—Если (говоритъ Венулей) не допустить различія между facultas dandi и impedimentum naturale, то явится необходимость приписать обѣимъ упомянутымъ здѣсь стипуляціямъ одинаковыя послѣдствія, что было-бы нелѣпостью (ut sic non multum referre videatur).

(h) L. 137 § 4. 5 de V. O. (45. 1).

(i) Таково чтеніе Вульгаты. Чтеніе же Флорентины: aut si—совершенная безсмыслица.

§ 38.

IV. Объектъ обязательства. Удовлетвореніе опредѣленное и неопредѣленное. Альтернативное.

Между полною неопредѣленностью и полною опредѣленностью удовлетворенія есть очень много посредствующихъ ступеней. Возьмемъ сначала случай полной неопредѣленности, которая можетъ быть выражена такъ: нѣкто обязался исполнить „что нибудь“. Очевидно съ перваго же взгляда, что здѣсь совершенно недостаетъ—съ одной стороны основанія для юридическаго принужденія, а съ другой—у должника серьезнаго намѣренія вступить въ обязательство, у кредитора—сколько нибудь основательной надежды на исполненіе обязательства. Возникновеніе подобнаго кажущагося обязательства можно объяснить себѣ или предположеніемъ, что оно было выраженіемъ намѣренія, недостаточно еще созрѣвшаго, вступить впослѣдствіи въ обязательство, или предположеніемъ—что стороны имѣли въ виду извѣстное положительное удовлетвореніе, но по ошибкѣ не опредѣлили его. Какъ бы то ни было, но существованіе обязательства, при томъ и другомъ предположеніи, должно быть отвергнуто.

Однако изложенное нами соображеніе вовсе не ограничивается только упомянутымъ случаемъ: оно приложимо и ко многимъ другимъ съ тою же кажущеюся опредѣленностью, которая и здѣсь приводитъ къ тому же результату, т. е. къ отрицанію обязательства.—Къ этой категоріи относятся слѣдующіе случаи: нѣкто обѣщаетъ доставить пшеницу, не опредѣляя ея количества; или передать недвижимость, или построить домъ, не говоря гдѣ и какой величины (a). Подобнаго рода стипуляція называется imperfecta; причиною ея

(a) L. 94. 95. 115 pr. de V, O. (45. 1), L. 69 § 4 de j. dot. (23. 3).—Тоже и при легатахъ. L. 9 § 4 de j. dot. (23. 3), L. 71 pr. de leg. 1 (30. un.).

недѣйствительности выставляется то обстоятельство, что стороны имѣли въ виду болѣе точное опредѣленіе, но не сдѣлали его по оплошности (b).

Совершенно другой характеръ носятъ случаи, въ которыхъ предметъ обязательства намѣренно оставляется неопредѣленнымъ въ какомъ либо отношеніи, такъ что ближайшее, дополнительное опредѣленіе его предоставляется на волю той или другой стороны. Здѣсь существуетъ дѣйствительное обязательство, съ послѣдствіями; необходимо только установить правила, нормирующія самое право на дополнительное опредѣленіе и связанныя съ нимъ послѣдствія, (c). Представляется четыре важныхъ случая такого рода, мы разсмотримъ ихъ порознь:

A. Альтернативныя обязательства.
B. Генерическія.
C. Квантитеты.
D. Денежные долги.

(b) L. 115 pr. de V. O. (45. 1) „...si dies in stipulatione per errorem omissus fuerit, cum id ageretur, ut certo die sisteres, imperfecta erit stipulatio“ etc.—L. 94 eod. „Triticum dare oportere stipulatus est aliquis ...si, cum destinare genus et modum vellet, et non fecit, nihil stipulatus videtur: igitur ne unum quidem modium.“

(c) Я не намѣренъ отождествлять тотъ или другой классъ этихъ обязательствъ съ римскими certa и incerta stipulatio. L, 74. 75. 68 de V. O. (45. 1). Incerta есть такая стипуляція, практическій результатъ и денежная стоимость которой прежде всего неизвѣстна кредитору, хотя бы даже юридическія отношенія были вполнѣ извѣстны и опредѣленны. Такъ стипуляція объ узуфруктѣ есть incerta (L. 75. § 3 de V. O.), потому что цѣнность этого права вполнѣ зависитъ отъ случайной продолжительности жизни пользователя; также стипуляція о процентахъ (L. 75 § 9. de V. O.), потому что возвращеніе капитала, возможное во всякое время, дѣлаетъ и сумму процентовъ неопредѣленною. Мнѣ кажется, что интересъ, побудившій Римлянъ къ подобному дѣленію, былъ болѣе теоретическаго, нежели практическаго свойства,—въ особенности это видно изъ того, что возможная опасность plus petere зависѣла не отъ certa stipulatio, а единственно отъ certa intentio

A. Обязательства альтернативныя.

Литература.

J. N. Hertii dis. de electione ex obligatione alternativa debitori debita 1699 Comm. et opusc. vol. 1 T. 3 p. 233—347.

Vangerou, стр. 17—31.

Альтернативнымъ мы называемъ обязательство, имѣющее предметомъ одно изъ многихъ отдѣльныхъ и опредѣленныхъ удовлетвореній, такъ что выборъ между ними остается сначала неопредѣленнымъ и для дѣйствительности обязательства необходимо послѣдующее дополненіе чьей либо воли (d). Alternativus—не латинское слово, и Римляне никогда не обозначали этого случая какимъ либо отвлеченнымъ терминомъ, а всегда примѣромъ. Правда, одинъ разъ встрѣчается у нихъ выражаніе rerum alternatio, но не въ смыслѣ термина, а только для обозначенія, противоположности съ locorum alternatio (e). Если бы Римляне находили полезнымъ или необходимымъ установить для этого обязательства абстрактный терминъ, то аналогія привела бы ихъ къ выраженію disjunctiva stipulatio (f).

въ искѣ (Gajus IV. 53. 54. System. т. 5 Прилож. XIV. N. XXXII—XLVI.). При томъ же, incerta stipulatio объ узуфруктѣ могла имѣть certa intentio (и incerta, смотря по обстоятельствамъ); точно также и стипуляція о процентахъ, затѣмъ и альтернативная стипуляція, которая благодаря праву выбора, принадлежащаго должнику, по принципу, была incerta (L. 75 § 8. de V. O.). Впрочемъ, во всѣхъ этихъ случаяхъ существовала опасность plus petere (срав. § 33 J. de act. 4. 6). — Относительно всего вопроса и въ особенности того обстоятельства, что иногда, вслѣдствіе практическихъ потребностей, употребляли incerta intentio вмѣсто certa — сравн. прекрасное замѣчаніе Keller'a въ Zeitschrift.т. 15, стр. 141 до 147.

(d) Съ этою alternativa obligatio наши юристы связываютъ:— alternativa personarum (обязательство корреальное), remediorum (стеченіе исковъ), poenarum (когда судья имѣетъ право выбора между многими родами наказаній) и т. д. Hert. стр. 234. Это сопоставленіе совершенно безполезно, такъ какъ основано не на внутренней связи, а только на общемъ выраженіи, произвольно придуманномъ для всѣхъ этихъ отношеній.

(e) L. 2 § 2 de eo quod certo loco (13. 4). Срав. L. 74 § 4 de injur. 4 7. 10 L 9. pr. de servo corr. (11. 3) L. 8 § 5 de cond. inst. (28. 5) (alternata conditio).

(f) L. 63 de V. O. (45. 1) „ex duabus disjunctivis conditioni-

Важнѣйшій вопросъ въ альтернативномъ обязательствѣ касается лица, имѣющаго право на выборъ; рѣшается онъ смотря по разнообразнымъ источникамъ обязательства, различно. Затѣмъ мы прибавимъ сюда еще нѣсколько общихъ правилъ.

I. Возникновеніе изъ договора.

По принципу, права выбора принадлежитъ должнику. Словесное соглашеніе не стѣсняетъ его и онъ можетъ измѣнять свою волю до момента полнаго удовлетворенія (g).

Основаніемъ такой привиллегіи должника служитъ то соображеніе, что истинное существо обязательства состоитъ въ дѣятельности должника (§ 2. с.). Такъ какъ договоръ оставилъ одну часть его дѣятельности неопредѣленною, то тѣмъ самымъ должнику дано право дополнить опредѣленіе по своему усмотрѣнію.

Это право выбора не прекращается даже съ представленіемъ для покрытія части удовлетворенія какого-либо предмета и должникъ можетъ потребовать назадъ представленную имъ часть (h).

Но constitutum, опредѣляющій одинъ изъ двухъ видовъ удовлетворенія, имѣетъ значеніе отказа отъ выбора (i). Если вѣритель даетъ акцептиляцію или заключаетъ договоръ о невзысканіи одного изъ двухъ видовъ удовлетворенія,—то этимъ самымъ погашается весь долгъ, если только въ договорѣ ясно не выговорено право на другой видъ удовлетворенія (k).

---

bus“, L. 78 § 1 de cond. (35. 1) „Disjunctivo modo conditionibus adscriptis“, L. 124 de V. S. (50. 16) „disjunctiva oratio.“

(g) L. 138 § 1 de V. O. (45. 1). „Cum pure stipulatus sum, illud, dari, licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem in eo. aut illud quod praestaturus sis (слѣдовательно до тѣхъ поръ, пока еще не совершилось полное удовлетвореніе).—L. 106 eod. „quamdiu id, quod promissum est, solvatur“, L. 75 § 8 eod., L. 6 § 1 de rejud (42. 1), § 33 J. de act. (4. 6).

(h) L. 26 § 13. 14 de cond. ind. (12. 6), L. 21 § 6 de act. emt. (19. 1). Срав. выше, § 32. ее.

(i) L. 25 pr. de pec. const. (13. 5).

(k) L. 27 § 3 de pactis (2. 14). Вслѣдствіе этого альтерна-

Въ приведенныхъ текстахъ рѣчь идетъ, главнымъ образомъ, о стипуляціяхъ, но тѣ же правила примѣняются и къ прочимъ договорамъ; и въ нихъ слѣдовательно, должнику принадлежитъ право выбора: такъ, напримѣръ, продавцу, продающему нѣсколько вещей альтернативно (l); покупателю, обязавшемуся представить за купленную вещь нѣсколько видовъ удовлетворенія альтернативно (m); невѣстѣ, обѣщающей приданое (n); мужу, обязавшемуся возвратить приданое въ формѣ альтернативной (o).

Договоромъ право выбора можетъ быть предоставлено и кредитору. Тогда въ самомъ договорѣ должно быть опредѣлено: обязательна-ли для кредитора разъ выраженная воля на выборъ; въ противномъ случаѣ и онъ можетъ измѣнять ее до самаго момента предъявленія иска (p).

II. Возникновеніе изъ завѣщанія.

Примѣняя принципъ, дѣйствующій въ договорахъ, къ легату, мы найдемъ, по отношенію къ древнѣйшему правилу, слѣдующія разграниченія. Легатъ альтернативный per vindicationem давалъ право выбора легатарю, легатъ—per damnationem—наслѣднику. Въ первомъ случаѣ завѣщатель представлялъ легатарю право дѣйствовать свободно (vindicatio), а потому всякая неопредѣленность, допущенная въ легатѣ намѣренно или сознательно, должна была расширять свободу легатаря и счи-

---

тивное обязательство превращается въ простое; здѣсь слѣдовательно есть отказъ отъ выбора.

(l) L. 25 pr., L. 34 § 6, L. 60 de contr. emt (18. 1).

(m) L. 21 § 6 de act. emt. (19. 1).

(n) L. 46 § 1 de j. dot. (23. 3).

(o) L. 10 § 6 de j. dot. (23. 3).

(p) L. 112 pr., L. 75 § 8 de V. O. (45. 1), L. 6 § 1 ad. Sc. Tert. (38. 17), L. 34 § 6 de contr emt. (18 1). Этимъ объясняются послѣднія слова L. 138 § 1 de V. O. (Прим. g): „quia diversa causa est voluntatis expressae, et ejus, quae inest.“ Если право выбора представляется, по договору, напр. кредитору, то осуществленіе его можетъ быть ограничено разъ высказанной волею по отношенію къ должнику; это право основано на общемъ юридическомъ принципѣ, не содержащемъ въ себѣ никакихъ подобныхъ ограниченій.

талась его привиллегіей (p[1]). Наоборотъ, легатъ—per damnationem обязывалъ наслѣдника къ дѣятельности, не опредѣленность которой давала ему поприще для выбора точно такъ, какъ это было замѣчено выше по поводу обязательства, возникающаго изъ договора.

Это различіе, по свидѣтельству Ульпіана (q), соблюдалось и на практикѣ. Сверхъ того, оно до такой степени проводится въ нѣкоторыхъ текстахъ Дигестъ, что кажется, будто Юстиніанъ сохранилъ древнія формы легатовъ неизмѣнными (r). На дѣлѣ же этого небыло напротивъ Юстиніанъ уравнялъ всѣ легаты, безъ различія терминологіи, въ томъ смыслѣ, что легатарь во всякомъ случаѣ получалъ право на всѣ возможныя преимущества (т. е. право древняго виндикаціоннаго легата) (s). Отсюда слѣдуетъ, что при альтернативномъ легатѣ, легатарь всегда имѣетъ право выбора, если только наслѣдодатель прямо не предоставилъ его наслѣднику это необходимое послѣдствіе признано также и въ Институціяхъ (t).

(p[1]) Это основаніе очень ясно выражено въ одномъ текстѣ, который первоначально относился къ виндикаціонному легату. L. 108 § 2 de leg. 1 (30. un.) „Respondi, verius esse, electionem ejus esse, cui potestas sit, qua actione uti velit, id est legatarii."

(q) Ulpian. Tit. 24 § 14. Хотя текстъ этотъ сильно испорченъ, а въ XVI в. подвергся интерполяціи, но и въ этомъ видѣ истинное содержаніе его несомнѣнно. (Срав. Savigny, vermischte Schriften, т. 3 стр. 53. 63—65). Его слѣдуетъ читать такъ, какъ это предлагали уже нѣкоторые юристы: Optione autem legati per vindicationem data, legatarii electio est, veluti: hominem optato, eligito. Idemque est, etsi tacite legaverim optionem. At si ita: heres meus damnas esto hominem dare, heredis electio est, quem velit dare.—Съ перваго взгляда кажется, что этотъ легатъ не альтернативный, а генерическій, т. е. имѣющій въ виду вообще какого нибудь раба; на самомъ же дѣлѣ предметъ его рабы, принадлежащіе къ составу наслѣдства (L. 65 pr., L. 71 pr. de leg. 1). Слѣдовательно, онъ давалъ только право выбора изъ числа индивидуально-опредѣленныхъ рабовъ.

(r) Легаты per vindicationem: L. 34 § 14, L. 108 § 2. de leg. 1 (30. un.), L. 19. 23 de leg. 2 (31. un.).—Легаты per damnationem L. 84 § 9 de leg. 1 (30. un.), L. 19, L. 11 § 1 de leg. 2 (31. un.).

(s) L. 1 C. comm. de leg. (6. 43), § 2 J. de leg. (2 20).

(t) § 22 J. de leg. (2. 20). Что эти тексты относятся къ ле-

Такимъ образомъ и упомянутые тексты Дигестъ, должны быть бъясняемы въ смыслѣ юстиніановскаго права, т. е. что тѣ изъ нихъ, которые говорили первоначально о легатѣ per damnationem, должны теперь относиться къ исключительному случаю, когда завѣщатель предоставилъ право выбора наслѣднику (u).

III. Возникновеніе въ силу общаго предписанія закона.

Здѣсь слѣдующіе случаи:

1. Когда ссудопринимать или наниматель вслѣдствіе dolus или culpa утрачиваетъ довѣренную ему вещь, то фактъ этотъ обязываетъ его уплатить собственнику вознагражденіе; но если впослѣдствіи удается собственнику возвратить, какимъ бы то ни было образомъ, вещь, то уплатившій имѣетъ право на обратное полученіе денегъ или вещи: иначе, собственникъ обогатился бы безъ всякаго основанія; въ этомъ случаѣ искъ вытекаетъ изъ контракта (v). Какая же изъ сторонъ имѣетъ право выбора? Тотъ-же вопросъ возникаетъ когда, впродолженіи процесса о собственности, владѣлецъ теряетъ собственность вслѣдствіе dolus'a или culpa, уплачиваетъ затѣмъ истцу собственнику стоимость, а послѣдній снова возвращаетъ свою собственность.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ право выбора должно принадлежать уплатившему, такъ какъ противникъ его вполнѣ вознагражденъ уплаченною стоимостью. Уплатившій не можетъ быть принужденъ взять обратно вещь противъ своей воли, потому что онъ во всякомъ случаѣ имѣетъ право требовать обратно

гату альтернитавному, а не генерическому видно уже изъ основаній, высказанныхъ нами по поводу текста Ульпіана (прим. q).

(u) Optionis legatum отличается отъ обыкновеннаго виндикаціоннаго легата тѣмъ, что легатарь долженъ былъ осуществлять свое право выбора выраженіемъ воли въ спеціальной формѣ. Эта особенность была отмѣнена Юстиніаномъ. § 23 L. de leg. (2. 20). На древнее различіе обоихъ случаевъ указываетъ текстъ Ульпіана (прим. q.); въ томъ и другомъ легатарь имѣлъ право выбора. Срав. L. 2. pr. § 1 de opt. (33. 5): этотъ текстъ вполнѣ согласенъ съ вышеприведеннымъ текстомъ Ульпіана, и, слѣдовательно, можетъ служить и къ объясненію и къ возстановленію его.

(v) L. 17 § 5 comm. (13. 6), L. 2 de cond. sine causa (12. 7).

уплаченную сумму въ силу condictio sine causa (w). Если же онъ предпочитаетъ получить вещь, то ему нельзя ьь этомъ отказать, такъ какъ стоимость, уплаченная имъ, замѣняетъ собою рыночную цѣну (x). Изъ этого слѣдуетъ, что уплатившій пріобрѣтаетъ или прямо собственность, или право на цессію виндикаціи своего противника противъ всякаго посторонняго владѣльца (y).

2. Если вещь продана за сумму меньшую половины ея дѣйствительной стоимости, то продавецъ можетъ требовать уничтоженія договора и возвращенія вещи. Но покупщикъ имѣетъ право выбора: или возвратить вещь, или дополнить продажную цѣну и тѣмъ самымъ сохранить договоръ въ силѣ (z).

3. Если кто-либо погребаетъ мертваго на чужой землѣ, не имѣя на это право, то ему предоставляется или вырыть обратно трупъ, или уплатить стоимость земли, отошедшей подъ могилу (aa).

Кромѣ права выбора здѣсь необходимо обратить вниманіе еще на слѣдующія особенныя правила:

Всякое право выбора переходитъ на наслѣдниковъ лица, которому оно принадлежало (bb) и даже на цессіонарія того права, съ которымъ связана способность выбора (cc).

Если одно изъ нѣсколькихъ видовъ удовлетворенія, обѣщанныхъ альтернативно, становится невозможнымъ съ самаго начала или впослѣдствіи по причинѣ случайнаго уничтоженія (dd) вещи, то этотъ невозможный видъ удовлетворенія выпадаетъ

(w) L. 2 de cond. sine causa (12. 7).

(x) L. 1. 3 pro emt. (41. 4).

(y) L. 5 § 1 comm. (13. 6), L. 46. 47. 63 de rei vind. (6. 1). Послѣдній изъ этихъ текстовъ прямо говоритъ, что уплатившаго нельзя принудить взять обратно деньги, если онъ желаетъ получить самую вещь.

(z) L. 2. 8 C. de resc. vend. (4. 43).

(aa) L. 7 pr. de relig. (11. 7).

(bb) L. 76 pr. de V. O. (45. 1). Противоположное мнѣніе нѣкоторыхъ юристовъ основано, только на очевидномъ непониманіи выраженія: „haec electio personalis est.“

(cc) Vangerow, стр. 19. 20.

(dd) О модифицирующемъ вліяніи dolus'a и culpa, какъ причинъ уничтоженія, срав. Vangerow, стр. 13 и слѣд.

изъ обязательства и не можетъ служить предметомъ выбора. Слѣдовательно, если обязательство имѣло въ виду только два альтернативныя удовлетворенія, то оно превратится въ простое и право выбора уничтожится, все равно, какой бы сторонѣ оно ни принадлежало (ee).

Если должникъ, имѣющій право выбора, считая, по ошибкѣ, одинъ изъ видовъ удовлетворенія за простой долгъ, не пользуется своимъ правомъ, то, по мнѣнію нѣкоторыхъ юристовъ, онъ можетъ уплаченное требовать обратно въ силу condictio indebiti и замѣнить его другимъ видомъ удовлетворенія; другіе же не признаютъ такого права.—Точно также, если онъ, по ошибкѣ, осуществляетъ оба удовлетворенія вмѣстѣ (случай, въ которомъ должникъ несомнѣнно можетъ одинъ изъ предметовъ удовлетворенія получить обратно), по заключенію однихъ онъ и здѣсь имѣетъ право выбора, по отзыву другихъ—нѣтъ (ff). Юстиніанъ рѣшительно высказался въ пользу должника (gg).

По древнему праву, вѣритель по альтернативному обязательству, требовавшій прямо одного изъ предметовъ удовлетворенія, терялъ всю претензію вслѣдствіе plus petere; въ новѣйшемъ правѣ это послѣдствіе исчезло (hh).

Альтернативное обязательство причисляется къ недѣлимымъ. Выше (§ 32) мы уже указали, въ какомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать это положеніе.

Прусское Земское право сохранило, въ видѣ принципа альтернативнаго обязательства, право выбора должника (ii); но

(ee) L. 34 § 6 de contr. emt. (18. 1), L. 10 § 6 de j. dot. (23. 3), L. 47 § 3 de leg. 1 (30. un,), L. 2 § 3 de eo quod certo loco (13. 4), L. 9 § 2 de fundo dot. (23. 5), L. 5 § 2 qui et a quib. (40. 9), L. 128 de V. O. (45. 1).

(ff). За должника: L. 32 § 3 de cond. ind. (12. 6).—Противъ должника: L. 26 § 13 de cond. ind. (12. 6), L. 19 de leg. 2 (31. un).

(gg) L. 10 C. de cond. ind. (4 5).

(hh) § 33 J. de act. (4. 6).—L. 46 § 1 de j. dot. (23. 3) упоминаетъ въ этомъ случаѣ о простой эксцепціи, слѣдовательно не о потерѣ права; но повидимому, это интерполяція.

(ii) A. L. R. ч. 1 тит. 5 § 274. Срав. Koch. Forderungen. 1 § 5. Koch. Lehrbuch. II § 455.

его ограничило двумя исключеніями. Когда договоръ купли-продажи имѣетъ предметомъ одну изъ многихъ вещей, не опредѣляя при этомъ права выбора, то послѣднее принадлежитъ покупщику (kk). Если помѣщичье право имѣетъ предметомъ или издѣльную повинность или денежный оброкъ, альтернативно, то—помѣщику, слѣдовательно, кредитору (ll).

§ 39.

IV Объектъ обязательства. Удовлетвореніе опредѣленное и неопредѣленное. Генерическое обязательство. Квантитеты.

B. Генерическія обязательства.

Юридическое выраженіе genus обозначаетъ не столько цѣлый разрядъ вещей, который, какъ таковой, никогда не можетъ стать предметомъ юридическаго отношенія, сколько отдѣльную вещь, опредѣленную не индивидуально, а по своему генерическому понятію.

Если genus, въ этомъ смыслѣ, становится предметомъ обязательства, и если индивидуальность, въ предѣлахъ обозначеннаго рода не опредѣлена (a), то случай этотъ принадлежитъ къ разряду тѣхъ, гдѣ допущена преднамѣренная неполная опредѣленность (§ 38.) и представляетъ нѣкоторую аналогію съ альтернативнымъ обязательствомъ.

Если генерическое обязательство возникаетъ изъ договора, то право выбора индивидуальной вещи принадлежитъ должнику; какъ и въальтернативномъ обязательствѣ; если онъ представляетъ въ удовлетвореніе какую либо вещь, полагая,

---

(kk) A. L. R. I. 11. § 38. По римскому праву, выборъ принадлежитъ продавцу (см. выше. прим. 1).

(ll) A. L. R. II. 7. § 424.

(a) Относительно понятія о genus срав. L. 54 pr. de V. O. (45. 1). Противоположность его есть species, индивидуально опредѣленная вещь.

по ошибкѣ, что онъ обязался представить именно эту опредѣленную вещь, то можетъ требовать ее обратно въ силу condictio indebiti (b).

Генерическое обязательство можетъ возникнуть также и изъ легата. Правда, большинство текстовъ, повидимому говорящихъ о генерическомъ легатѣ, относится не къ данному случаю, а къ альтернативному легату, такъ какъ всѣ они имѣютъ въ виду выборъ между индивидуальными вещами извѣстнаго рода, принадлежащими къ составу наслѣдства (§ 38. q. t.). Но можно представить себѣ и чистый генерическій легатъ въ томъ случаѣ, когда завѣщатель, не имѣющій лошадей, возлагаетъ на наслѣдника обязанность купить лошадь и передать ее легатарію.

И генерическое обязательство, подобно альтернативному, причисляется къ недѣлимымъ, а въ какомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать это положеніе, мы уже объяснили выше (§ 32).

С. Квантитеты.

Квантитетами мы называемъ вещи, которыя, въ предѣлахъ извѣстнаго рода, вовсе не имѣютъ индивидуально никакой цѣны, такъ что цѣнность ихъ опредѣляется только числомъ, мѣрою и вѣсомъ: различіе же индивидуальностей не имѣетъ здѣсь никакого значенія (c).

Какъ предметъ обязательства, квантитеты могутъ быть разсматриваемы съ двухъ точекъ зрѣнія: со стороны отношенія индивидуальныхъ частей къ роду или со стороны свойствъ самаго рода.

Первый способъ разсмотрѣнія юридически безразличенъ, потому что вещи эти, по своей природѣ, не имѣютъ индивидуальной цѣны и не различаются между собою. Слѣдователь-

---

(b) L. 32. § 3. de cond. ind. (12. 6).—Прусское A. L. R. I, 5. § 275 предписываетъ давать вещь средней доброты.

(c) L. 2 § 1 de reb. cred. (12. 1), pr. J quib. modis re (3. 14). Срав. Savigny. System. т. 6 § 268. стр. 122. 123.—Новѣйшіе юристы употребляютъ нелатинское выраженіе: res fungibilis.—Для понятія противоположности corpus или species (вещь индивидуальной цѣнности).—Близкія, но не тождественныя понятія: потребляемыя вещи (физически или юридически). §. 2. J. de usufr. (2. 4); индивидуально нераспознаваемыя вещи.

но, и самое обязательство нельзя, въ этомъ смыслѣ, считать неопредѣленнымъ.

Второй способъ разсмотрѣнія, напротивъ, имѣетъ важное значеніе, потому что самъ родъ (пшеница, вино и т. д.) допускаетъ большое различіе въ добротѣ и цѣнѣ.

Но въ этомъ смыслѣ слѣдуетъ говорить уже не о квантитетѣ, а о чисто генерическомъ обязательствѣ. Слѣдовательно, указанія нашихъ источниковъ въ этомъ отношеніи могутъ служить къ подтвержденію и дополненію установленныхъ уже правилъ, касающихся генерическихъ обязательствъ.

И здѣсь признается, что должникъ имѣетъ право выбора между различными сортами, въ которыхъ проявляется родъ (d) —съ тою многозначительною прибавкой, что должникъ можетъ выбрать и худшій сортъ (e).

Этотъ принципъ высказанъ примѣнительно къ чистымъ стипуляціямъ. Но онъ можетъ подвергнуться модификаціямъ, какъ вслѣдствіе особенныхъ обстоятельствъ или постановленія спеціальнаго договора, такъ и подъ вліяніемъ общей природы извѣстныхъ договоровъ.—Напр. при займѣ, должникъ обязанъ возвратить квантитетъ того качества, который онъ получилъ (f).

Понятіе квантитета, въ смыслѣ объекта обязательства, приложимо не только къ вещамъ, (т. е. въ формѣ что либо дать), но и къ труду, работѣ извѣстнаго рода (что-либо сдѣлать).—

Въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ необходимо различать: считалась-ли работа, въ моментъ возникновенія обязательства, дѣйствіемъ чисто индивидуальнымъ (какъ, напр., художеств. произведеніе) или же такимъ, которое можетъ быть исполнено каждымъ съ одинаковымъ успѣхомъ, т. е. способное подлежать измѣренію числомъ, мѣрою или вѣсомъ (g). Отсюда,

---

(d) L. 99 pr. de V. O. (45. 1).
(e) L. 52 mandati (17. 1).
(f) L. 3 de reb. cred. (12. 1).
(g) L. 31. de solut. (46. 3), L. 26 § 12 de cond. ind. (12. 6), L. 5 de dubb. reis (45 2).

между прочимъ, можно вывести: желали ли стороны перенести обязательство и на наслѣдниковъ или нѣтъ (h).

Между квантитетами существуетъ одинъ, далеко превосходящій всѣхъ остальныхъ своимъ значеніемъ: это деньги.— Разсмотрѣнію его, въ смыслѣ предмета обязательства, мы посвящаемъ особое изслѣдованіе.

§ 40.

IV. Объектъ обязательства. Опредѣленное и неопредѣленное удовлетвореніе—Деньги. Понятіе и виды.

D. Деньги.

Предметъ, къ изслѣдованію котораго мы теперь приступаемъ, обыкновенно понимался слѣдующимъ образомъ. Если, по заключеніи займа, произойдетъ какое-либо измѣненіе въ цѣнности денегъ, то слѣдуетъ опредѣлить: въ какомъ видѣ долженъ совершиться платежъ?—Въ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ случаяхъ этотъ вопросъ представляется весьма важнымъ и безспорно заслуживаетъ разрѣшенія, но, при столь односторонемъ пониманіи предмета, удовлетворительное рѣшеніе его становится невозможнымъ. — Для этого мы должны поставить болѣе общій вопросъ: что составляетъ настоящій предметъ денежнаго обязательства? который прямо ведетъ къ еще болѣе общему—о понятіи денегъ.

Литература:

Hufeland Staatswirthschaftskunst т. 2. Giessen 1813.

(h) L. 15. C. de contr. stip. (8. 38). Очевидно въ упомянутомъ здѣсь случаѣ имѣется въ виду не личный трудъ предпринимателя, а только исполненіе работы посредствомъ поставки матеріаловъ и рабочихъ.

J. G. Hoffmann die Lehre vom Gelde. Berlin 1838 (a). Его же: Die Zeichen der Zeit im deutschen Münzwesen. Berlin 1841.

J. Helferich von den periodischen Schwankungen im Werth der edlen Metalle. Nürnberg 1843. 8.

Chr. Noback и F. Noback. Taschenbuch der Münz-Maasz- und Gewichts-Verhältnisse. Leipzig 1850. 8.

Понятіе о деньгахъ необходимо связать съ развитымъ уже мною въ другомъ мѣстѣ понятіемъ объ имуществѣ (Vermögen), какъ гражданско-правовой власти или господства лица надъ частями внѣшняго міра (собственность съ ея модификаціями; право на чужія дѣйствія) (b). Эта власть является намъ прежде всего чѣмъ-то разнообразнымъ и разнороднымъ,— но вмѣстѣ съ тѣмъ и однороднымъ, въ видѣ чистаго квантитета, представляющаго тогда отвлеченное понятіе имущества. Такое искусственное понятіе объ имуществѣ зиждется на понятіи денегъ и осуществляется при посредствѣ этого всеобщаго мѣрила цѣнности, играющаго здѣсь двоякую роль.

Во 1-хъ, деньги имѣютъ значеніе простаго орудія для измѣренія цѣнности отдѣльныхъ элементовъ имущества. Въ этомъ отношеніи деньги ни чѣмъ не отличаются отъ другихъ орудій измѣренія—аршина, четверика, фунтовика, служащихъ для той же цѣли, такъ напр., три фунта товара имѣютъ ровно втрое большую цѣнность одного фунта. Но всѣ они, не выходя изъ области сравненія цѣнности квантитетовъ одного и того же предмета, имѣютъ значеніе только относительнаго орудія измѣренія, тогда какъ деньги являются мѣриломъ абсолютнымъ, т. е. приложимы къ сравненію цѣнностей самыхъ разнородныхъ предметовъ.

Во 2-хъ, деньги имѣютъ и другое, еще болѣе важное значеніе: онѣ уже въ себѣ заключаютъ ту самую цѣнность, которую измѣряютъ, и такимъ образомъ замѣняютъ цѣну всѣхъ другихъ

(a) Это сочиненіе я буду цитировать лишь однимъ именемъ автора, а слѣдующее приведу съ полнымъ заглавіемъ.

(b) Savigny System. т. 1. § 53, 56, стр. 338—340. стр. 376.

предметовъ имущества. Поэтому, владѣніе деньгами сообщаетъ владѣльцу такую-же власть, какъ и измѣряемые ими предметы имущества, являясь въ этомъ случаѣ абстрактнымъ средствомъ для превращенія всѣхъ предметовъ имущества въ квантитеты. Такимъ образомъ, деньги сообщаютъ своему обладателю общую экономическую власть, способную подчинить себѣ всѣ предметы свободнаго гражданскаго оборота. Въ этомъ-то второмъ своемъ значеніи деньги являются самостоятельнымъ представителемъ власти, наряду съ другими составными частями имущества, съ одинаковыми правами и значеніемъ, а эта, присущая деньгамъ, экономическая власть имѣетъ ту особенность, что отправляется независимо отъ индивидуальныхъ способностей и потребностей, и слѣдовательно, одинаково пригодна для всякаго и при всякихъ обстоятельствахъ. (c)

Теперь рождается вопросъ: откуда такое чудное свойство денегъ—сообщать своему обладателю подобнаго рода власть и приводить богатство въ однородную массу, имѣющую характеръ чистаго квантитета? Оно вытекаетъ изъ всеобщности признанія цѣнности денегъ, слѣдовательно изъ всеобщей увѣренности, въ силу которой каждый охотно признаетъ за деньгами такую цѣнность и знаетъ, что всякій другой готовъ будетъ принять ихъ отъ него по той же цѣнѣ (d).

(c) L. 1. pr. de contr. emt. (18. 1) (приведена въ § 44 въ видѣ № II).—Hoffmann, стр. 1 — 12. Въ его превосходномъ изложеніи общей природы денегъ я могу указать только на одинъ недостатокъ: на одностороннее понятіе, будто деньги даютъ власть покупать. Они даютъ намъ также власть нанимать, арендовать, пріобрѣтать право на проценты, пользоваться чужимъ трудомъ и т. д. Выраженіе: покупать можетъ обозначать всѣ эти расширенія нашей власти развѣ только въ переносномъ смыслѣ. Для обозначенія этой власти однимъ простымъ терминомъ можно воспользоваться употребленнымъ мною выраженіемъ: экономическая власть (Vermögensmacht), повидимому довольно удовлетворительнымъ. Если же въ отдѣльныхъ случаяхъ встрѣчаются индивидуальныя ограниченія, какъ напр. въ пріобрѣтеніи рыцарскихъ вотчинъ и т. п., то эти ограниченія зависятъ отъ того, что многія права принадлежатъ не всецѣло къ области гражданской (охватывающей собою элементъ экономическій), но отчасти и публичной.

Но это признаніе не получило бы подобной всеобщности въ цѣломъ государствѣ, а тѣмъ менѣе въ нѣсколькихъ государствахъ, безъ посредства или содѣйствія верховной власти,— что можетъ возбудить мысль, будто государство придумало и установило деньги путемъ законовъ и будто оно можетъ, по произволу, выбирать для этого матеріалъ и сообщать цѣну.

Подобное мнѣніе было бы совершенно ложно и въ концѣ концовъ привело бы къ вреднымъ послѣдствіямъ. Мы видимъ во-первыхъ, что съ развитіемъ культуры денежный оборотъ далеко выходитъ изъ предѣловъ отдѣльнаго государства, на которое распространяется вліяніе верховной власти. Сверхъ того, даже въ предѣлахъ своего государства правительство не въ состояніи принудить къ упомянутому довѣрію, на которомъ основывается дѣйствительная власть денегъ.

Напротивъ, вліяніе правительства ограничивается простымъ посредничествомъ; монетное дѣло есть только попытка доставить государству настоящія деньги, а успѣхъ ея зависитъ отъ выбора дѣйствительныхъ средствъ, способныхъ вызвать всеобщее довѣріе. Послѣднее можетъ и не проявиться (впрочемъ рѣдко); тогда и попытка правительства не создастъ деньги; довѣріе также можетъ быть неполное (что случается чаще): тогда и денегъ окажется меньше, нежели имѣлось въ виду правительствомъ. Высказанную мысль можно выразить такъ: деньги создаются дѣятельностью правительства только когда и насколько онѣ признаются таковыми общественнымъ мнѣніемъ; или, другими словами, общественное мнѣніе рѣшаетъ вопросъ не только о томъ, что именно составляетъ деньги, но и о томъ, въ какой степени тотъ или другой предметъ имѣетъ свойство стать деньгами.

Особенную важность представляетъ выборъ матеріала способнаго быть деньгами. На низшей ступени цивилизаціи различныя вещи имѣли значеніе денегъ, каковы: мѣха, ра-

---

(d) Объ этомъ основномъ характерѣ денегъ срав. Hoffmann. стр. 12., Rau, Politische Oekonomie т. 1. § 62. 127. 257, Hufeland. § 95. 98. 100. 113. 145.

ковины, соляныя пластинки, какао и т. д. (e). Съ распространеніемъ цивилизаціи составилось убѣжденіе, что изъ всѣхъ матеріаловъ только металлъ обладаетъ необходимыми свойствами денегъ.—Нѣкоторые древніе народы, особенно итальянцы, начали употреблять, въ видѣ денегъ, весьма цѣнный тогда металлъ, изъ котораго они выдѣлывали оружіе, статуи, различный домашній скарбъ, земледѣльческія орудія. Такъ римляне для обѣихъ цѣлей употребляли металлъ aes, извѣстный у насъ подъ болѣе точнымъ именемъ бронзы, и какъ состоящій изъ смѣси мѣди, олова и свинца, очень удобный для обработки (f). Когда торговыя сношенія получили большее развитіе, за основу монетной системы были избраны два благородные металла—серебро и золото (g),—что съ тѣхъ поръ сохранилось въ теченіи столѣтій и у всѣхъ народовъ, состоявшихъ во взаимныхъ сношеніяхъ (h).

Избраніе этихъ матеріаловъ за основу монетной системы было не случайностью и капризомъ, а результатомъ слѣдующихъ свойствъ самихъ металловъ. Во 1-хъ, они какъ и всѣ металы, способны легко дѣлиться и соединяться въ большія массы, такъ что представляютъ намъ чистый квантитетъ однороднаго вещества. Но особенное ихъ преимущество въ большой ковкости (Dehnbarkeit), малой способности окисленія (Oxidationsfähig-

---

(e) Фихте, какъ извѣстно, проэктировалъ для своего замкнутаго торговаго государства, кожанныя деньги.

(f) Доказательства относительно оружія и скарба находятся въ химическихъ изслѣдованіяхъ. Klaproth'a. (Chemische Abhandlungen. т. 6 Berl. 1815. стр. 81—88); относительно денегъ въ соч. Göbel'я (Einfluss der Chemie auf die Ermittellung der Völker der Vorzeit. Erlang. 1842. 8. стр. 26., приводимыя у Mommsen'a: Über das Römische Münzwesen Leipz. 1850, стр. 252).—Здѣсь нѣтъ противорѣчія съ Klaproth'омъ, стр. 33 до 35, который признаетъ два рода римскихъ монетъ: красныя и желтыя, первыя изъ чистой мѣди, вторыя-изъ мѣди и олова (т. е. латуни), — такъ какъ онъ прямо говоритъ, что онъ анализировалъ только монеты императорскаго времени.

(g) Въ Римѣ серебряныя деньги появились въ оборотѣ въ 485 г. отъ основ. гор., вслѣдствіи увеличенія сношеній съ южной Италіей и Греціей.

(h) Россія пыталась употреблять платину вмѣсто денегъ, но ея попытка не вошла во всеобщее употребленіе.

keit) и наконецъ въ томъ, что пріобрѣтеніе ихъ въ чистомъ видѣ сопряжено съ большою тратою времени и силъ; а вслѣдствіе этого и цѣна ихъ не только выше цѣны другихъ металовъ, но и независима отъ естественныхъ рессурсовъ разныхъ странъ (i).

Благородные металлы имѣютъ самостоятельную рыночную цѣнность, какъ товаръ, помимо ихъ значенія, какъ денегъ,— и въ гражданскомъ оборотѣ неизбѣжно установляется опредѣленное отношеніе между цѣнностью извѣстнаго квантитета (вѣса) благороднаго метала и другими экономическими цѣнностями. Это отношеніе само по себѣ неважно, а потому нѣтъ необходимости и возможности нормировать его. Превращеніе этихъ металловъ въ деньги состоитъ въ томъ, что правительство, по своему усмотрѣнію, раздѣляетъ ихъ на большія и малыя части, снабжаетъ послѣднія извѣстнымъ знакомъ, по которому распознается вѣсъ содержащагося въ нихъ драгоцѣннаго металла. Описанное нами посредничество осуществляется весьма легко, такъ какъ для пріобрѣтенія необходимаго довѣрія нужно только, чтобы каждая монета въ дѣйствительности содержала въ себѣ вѣсъ, указанный на штемпелѣ. Довѣріе можетъ поколебаться, когда монеты, вслѣдствіе — недобросовѣстности или небрежности въ чеканкѣ, не содержатъ въ себѣ такого драгоцѣннаго металла, какой значится на штемпелѣ; это случается въ особенности когда, время отъ времени, предпринимаются секретныя измѣненія въ чеканѣ. — Самый родъ штемпеля не имѣетъ значенія, если онъ только извѣстенъ и понятенъ. Онъ можетъ быть выраженъ въ соотношеніи къ извѣстной монетѣ, принятой въ странѣ за разсчетную единицу, отношеніе которой къ вѣсу металла уже извѣстно (k), или прямо ука-

---

(i) Hoffman. стр. 12. Rau, politische Oekonomie. т 1, § 262, т. 2. § 250.

(k) Такъ, напр., часто на „Zwanziger'ахъ" просто стоитъ число 20, т. е. 20 крейцеровъ той монетной пробы, по которой 1 гульденъ (60 крейцеровъ) содержитъ въ себѣ $^1/_{20}$ часть серебряной марки. — „3 einen Thaler" — на прусскихъ монетахъ въ 10 зильбергрошей. — Также: „12 einen Thaler, $2^1/_2$ Silbergrochen" на прусскихъ монетахъ, представляющихъ $^1/_{12}$ долю единицъ.

зывать на вѣсъ благороднаго метала, содержащагося въ монетѣ (i).

Особенное затрудненіе можетъ произойти еще отъ того, что два благородные металла употребляются совмѣстно въ качествѣ монетъ, тогда какъ отношеніе рыночныхъ цѣнъ этихъ металловъ подвержено постояннымъ колебаніямъ (m). Въ такомъ случаѣ слѣдуетъ одинъ изъ нихъ принять за основу денежной системы, а другому дать второстепенное значеніе. Чаще всего предпочтеніе особенно въ Германіи, отдавалось серебру, составляющему съ XVI ст. безпрерывную основу денежной системы. Въ Англіи въ послѣднее время золото принято за основу монетной системы (n). — Въ Германіи съ давняго времени рядомъ съ главными серебрянными деньгами существовали два рода монетъ; въ странахъ въ системою гульденовъ—дукаты (особенно въ Австріи), въ странахъ съ системою талеровъ—пистоли, съ номинальною цѣною въ пять талеровъ, подъ разными названіями въ различныхъ странахъ (фридрихсдоръ, августдоръ) и т. д.—Вслѣдствіе колебанія цѣны на золото, проявлявшагося иногда незамѣтно, издавна и повсюду образовался при размѣнѣ золота на серебро лажъ (agio, наддача), различной и измѣняющейся величины.

Для прусскихъ фридрихсдоровъ въ казначействѣ, а вслѣдствіе этого и между частными лицами, лажъ былъ опредѣленъ въ $13^1/_3$ процентовъ, т. е. двумя третями талера выше номинальной цѣны пяти серебрянныхъ талеровъ.

Когда въ странѣ введена уже опредѣленная денежная система, пользующаяся всеобщимъ довѣріемъ, то въ ней нерѣдко, рядомъ съ дѣйствительными деньгами, серебромъ и золотомъ, появляются еще простые денежные знаки (Zeichengeld).

(l) Такъ на прусскихъ талерахъ: „XIV eine feine Mark.“ — На прусскихъ монетахъ въ 5 зильбергрошей: „84 eine feine Mark.“— Но часто встрѣчается и то и другое указаніе вмѣстѣ (прим. k. l.)

(m) Hoffmann, стр. 90. 93. Rau, т. 1. § 277, т. 2. § 250. Какое колебаніе въ отношеніяхъ существующихъ цѣнъ произведутъ новыя открытія въ Калифорніи—это покажетъ будущее.

(n) Hoffmann, стр. 94 Первоначально въ Германіи преобладали итальянскіе золотые гульдены. Въ городѣ Бременѣ и до сего времени въ ходу золотыя деньги.

Они являются въ двухъ видахъ и съ двоякою цѣлью.

Во 1-хъ съ цѣлью увеличить количество находящихся въ оборотѣ денегъ, не затрачивая на монету большой массы золота и серебра. Это достигается выпускомъ бумажныхъ денегъ (Papiergeld), которыя, служа только представителями извѣстнаго произвольнаго количества талеровъ, гульденовъ и проч., по распоряженію правительства, замѣняютъ въ этомъ смыслѣ настоящія деньги. Имъ совершенно недостаетъ упомянутаго выше основанія довѣрія,— основанія, состоящаго въ цѣнности металла въ смыслѣ товара. Бумаги, объявляемыя деньгами, не имѣетъ сами по себѣ никакой цѣны, а потому и довѣріе къ нимъ можетъ держаться только на довѣріи къ правительству, для поддержанія котораго могутъ служить слѣдующія обстоятельства: ограниченіе массы бумажныхъ денегъ извѣстнымъ maximum'омъ, сообразно потребности денежнаго оборота, пріемъ бумажныхъ денегъ казначействомъ, а въ особенности существованіе учрежденій, въ которыхъ легко и вѣрно можно было бы, во всякое время, размѣнять бумажныя деньги на металлическія.

Бумажными деньгами имѣютъ въ виду достигнуть и достигаютъ двухъ различныхъ выгодъ. Малый объемъ ихъ и ничтожный вѣсъ даютъ всякому возможность легко и удобно носить при себѣ, пересылать и сохранять гораздо большія суммы, сравнительно съ металическими деньгами. Саможе государство извлекаетъ изъ бумажныхъ денегъ ту же выгоду, какъ отъ безпроцентнаго займа: оно выигрываетъ проценты съ суммы, пущенной имъ въ обращеніе въ видѣ бумажныхъ денегъ.

Бумажныя деньги имѣютъ двоякій характеръ. Съ одной стороны, онѣ назначены замѣнять собою настоящія деньги, и, въ самомъ дѣлѣ, замѣняютъ ихъ съ большими выгодами и удобствомъ, пока добросовѣстно и благоразумно исполняются вышеуказанныя условія; но съ другой — онѣ составляютъ настоящій государственный долгъ, хотя и безпроцентный (o).

Впрочемъ денежные знаки могутъ быть введены и съ совер-

(o) Прусскій указъ отъ 17 января 1820, § 18. (G. S. 1820, стр. 15.—Кабинетный приказъ отъ 21 Декабря 1824, G. S. 1824, стр. 238).—Rau, т. 2. § 265, т. 3. § 487.

шенно другою цѣлію—для надлежащаго удовлетворенія нуждъ малаго, повседневнаго рыночнаго оборота, и другимъ путемъ, нежели это дѣлается для оборотовъ крупныхъ. Такъ какъ очень мелкая серебряная монета не удобна для обращенія, то явилась потребность найти, для мелкихъ оборотовъ, средство, годное для дробленія и размѣна, это—размѣнная монета (Scheidemünze), въ противоположность ходячей монетѣ (Courantgeld). Она состоитъ главнымъ образомъ изъ мѣдныхъ денегъ, которыя также могли бы имѣть цѣну и сами по себѣ въ смыслѣ товара, если бы имъ, въ формѣ денегъ, не придавали до такой степени непомѣрно высокую цѣну (особенно благодаря весьма большимъ издержкамъ на чеканъ), что цѣнность самаго металла остается незамѣтною и на нихъ смотрятъ, какъ на простые денежные знаки.

Такимъ путемъ пришли къ изобрѣтенію еще особаго рода денегъ, занимающихъ средину между монетою серебряною (ходячею) и мѣдною (размѣнною). Стали чеканить мелкую монету изъ смѣси серебра съ преобладающимъ количествомъ мѣди (биллонъ); она служитъ только для размѣна и не можетъ быть навязана въ платежахъ суммъ, которыя уплачиваются болѣе крупными монетами. Но, съ другой стороны, эта монета, благодаря содержащемуся въ ней серебру, имѣетъ дѣйствительную металлическую цѣнность, впрочемъ меньшую номинальной цѣны,—такъ что, слѣдовательно, и здѣсь государство имѣетъ прибыль какъ при бумажныхъ и мѣдныхъ деньгахъ, хотя нѣсколько меньшую. Вотъ почему эта монета занимаетъ средину между настоящими деньгами и денежными знаками: она—настоящія деньги, насколько содержитъ въ себѣ серебра, и денежный знакъ — насколько содержитъ его меньше сравнительно съ номинальной цѣной.

Барышъ, пріобрѣтаемый здѣсь государствомъ, безвреденъ, пока размѣнная монета не выходитъ изъ предѣловъ истиннаго maximum'а, т. е. пока она чеканится въ количествѣ, необходимомъ для удовлетворенія потребностей самаго мелкаго оборота. Перейдя эти границы, размѣнная монета влечетъ за собою тѣ же вредныя послѣдствія, какъ и злоупотребленіе бумажными деньгами. Опыты Пруссіи въ этомъ отношеніи наглядно показываютъ и дурныя и хорошія стороны дѣла.

Во второй половинѣ 18 стол. въ Пруссіи появилась размѣнная биллонная монета, въ грошахъ и полугрошахъ ($^1/_{24}$ и $^1/_{48}$ талера); по закону, она должна была содержать въ себѣ серебра на $^2/_3$ ея номинальной цѣны. Барышъ, вырученный отъ чекана, увлекъ правительство къ неблагоразумному опыту увеличить количество этой монеты свыше потребности, такъ что, наконецъ, въ обращеніи появилось ея болѣе, чѣмъ на сорокъ милліоновъ талеровъ. Тѣмъ не менѣе она долгое время держалась въ полной номинальной цѣнѣ; большая часть внутренней торговли, а именно почти вся хлѣбная торговля, велась при ея посредствѣ.

Послѣ неудачной войны 1806 г., совершился быстрый наплывъ этой монеты изъ сосѣднихъ государствъ и провинцій, отпавшихъ отъ Пруссіи, въ остальную страну, и курсъ ея быстро палъ, причинивъ великое разстройство въ торговлѣ. Въ тоже время открылось, что монета содержала серебра не на $^2/_3$, какъ сначала, а только на $^4/_7$ ея номинальной цѣны.

Неизвѣстно, какую часть этой (не очень значительной) разницы слѣдуетъ отнести къ несовершенству чекана, къ поврежденію металла отъ тренія въ оборотѣ или къ послѣдующему появленію фальшивыхъ монетъ. Извѣстно только, что вредныя послѣдствія катастрофы были усугублены многочисленными и дѣятельными монетными обрѣзчиками.

И вотъ, законъ понижаетъ эти монеты сначала до $^1/_3$, а потомъ до $^4/_7$ ихъ номинальной цѣны; наконецъ, не оставалось ничего другаго, какъ изъять ихъ изъ оборота по этой цѣнѣ и перечеканить, что безъ сомнѣнія не обошлось безъ большихъ пожертвованій со стороны государства, не говоря уже о значительныхъ убыткахъ понесенныхъ частными лицами (р).

(р) Hoffmann. стр. 68. 78. 79. Я былъ самъ свидѣтелемъ того, какъ въ Берлинѣ большая часть торговли производилась при посредствѣ этихъ грошей, заключенныхъ въ бумажные свертки по 10 талеровъ (240 грошей) каждый; свертки не считались, а свѣшивались. Для любителя римскихъ древностей было особенно очаровательно видѣть собственными глазами, какъ совершались въ Берлинѣ повседневныя сдѣлки per aes et libram, и не съ помощью символическихъ вѣсовъ, какъ у этихъ древнихъ юристовъ, а настоящихъ и такъ же серьезно, какъ въ древнѣйшемъ періодѣ ис-

Къ довершенію несчастія появилось еще произвольное предписаніе закона, принуждавшее всякаго кредитора принимать въ уплату своихъ претензій монеты эти по номинальной цѣнѣ; впрочемъ, только весьма незначительные долги, именно до десяти талеровъ могли погашаться такимъ способомъ вполнѣ,— а до тридцати талеровъ только въ половину (q).

Что же касается новаго Прусскаго законодательства по монетному дѣлу, то оно слѣдуетъ противоположной системѣ. Размѣнная биллонная монета теперь состоитъ изъ $^1/_{12}$, $^1/_{30}$, $^1/_{66}$ частей талера. Каждая изъ нихъ содержитъ $^7/_8$ чистаго серебра своей номинальной цѣны и теперь ея не чеканится свыше потребности мелкаго оборота. Кредиторъ обязанъ брать ее только по уплатамъ ниже $^1/_6$ талера; по уплатамъ же высшимъ онъ можетъ требовать платежы ходячей монетой (r). Такимъ образомъ въ этомъ отношеніи приняты самыя дѣйствительныя средства къ предупрежденію злоупотребленій съ ихъ гибельными послѣдствіями.

Изъ всего изложеннаго слѣдуетъ, что противоположность между деньгами въ собственномъ смыслѣ и денежными знаками не совпадаетъ вполнѣ съ противоположностью между металлическими и бумажными деньгами;—что размѣнная монета занимаетъ между ними средину: будучи металлическою, она вмѣстѣ съ тѣмъ вполнѣ или только частью должна считаться и денежнымъ знакомъ.

торіи.—Я привелъ этотъ примѣръ потому, что онъ мнѣ извѣстенъ подробнѣйшимъ образомъ. Не должно однако думать, что другія нѣмецкія государства обошлись безъ подобныхъ заблужденій и ихъ послѣдствій. Тоже явленіе повторилось и въ Южной Германіи съ монетами шести крейцерными; здѣсь послѣдствія были, пожалуй, еще хуже, такъ какъ зло росло здѣсь и распространялось въ періодъ продолжительнаго мира и благоденствія. Особенно печальную извѣстность получила въ это время финансовая спекуляція кобургскаго правительства, какъ вслѣдствіе широкихъ объемовъ самой операціи, такъ и преднамѣреннаго вреда, причиненнаго ею сосѣднимъ странамъ.

(q) Allg. Landrecht 1. 11. § 57 § 780, 1. 16 § 77.

(r) Законъ 30. сент. 1821. § 7. до 11 (G. S. 1821 стр. 160), Законъ 28 іюня 1873. (G. S. стр. 255).

Отчасти для дополненія вышеизложеннаго, отчасти же ради послѣдующаго изслѣдованія необходимо указать на значеніе монетной пробы (Münzfuss) и на важнѣйшія ея примѣненія въ Германіи.

Подъ монетною пробою извѣстной страны, въ данное время, разумѣется вѣсъ благороднаго металла, содержащагося въ отчеканеной монетѣ принятой за единицу счета (счетная монета, Rechnungsmünze); слѣдовательно вѣсъ серебра—для серебряной, золота—для золотой.

За основаніе системы серебряной монеты въ Германіи издавна принята кёльнская марка чистаго серебра (чистая марка, Mark fein).

Около половины восемьнадцатаго столѣтія положеніе Германіи въ этомъ отношеніи было слѣдующее (s).

Повсемѣстно были приняты двѣ счетныя единицы—талеръ и гульденъ; но ихъ, собственно говоря, можно считать за одну и туже монету, такъ какъ талеръ составлялъ ровно полтора гульдена, слѣдовательно гульденъ равнялся двумъ третямъ талера.

Въ новѣйшее время появилось три монетныя пробы, которыя различаются такимъ образомъ:

1. Двадцатигульденная или конвенціонная проба, съ 1753 г., по которой изъ чистой марки чеканилось 20 гульденовъ или ихъ подраздѣленій т. е. $13^1/_3$ талера. Она существовала въ Австріи (гдѣ и теперь существуетъ) и въ Саксоніи.

2. Двадцатичетырехгульденная проба (съ 1754 г.), 24 гульдена или 16 талеровъ изъ чистой марки—въ Баваріи и юго-

---

(s) Въ одной части сѣверозападной Германіи удержалась гораздо высшая монетная проба и въ основу денежной системы положены не талеръ и гульденъ, а другіе счетныя монеты.—Объ указаніяхъ, изложенныхъ въ текстѣ, сравни: Hoffmann, стр. 62—66. Rau, т. 2 § 255. Nobak. Taschenbuch. Прежде 18 гульденная (лейпцигская) проба была преобладающею.

(t) Она была введена въ Австріи въ 1748 г., за тѣмъ въ 1858 г., включена въ конвенцію между Австріею и Баваріею. Отсюда выраженія: конвенціонная проба, конвенціонныя деньги, конвенціонная монета. Но Бавaрія вскорѣ послѣ того перешла къ двадцатичетырехгульденной пробѣ. Срав. Noback. стр. 1403—1408.

западной Германіи,—гдѣ произошло своеобразное явленіе.— Проба эта примѣнялась къ счетнымъ монетамъ; но (за рѣдкими исключеніями) такихъ монетъ здѣсь вовсе не чеканилось. Потребность въ деньгахъ удовлетворялась монетами двадцатигульденной пробы, которымъ придавали другое значеніе, посредствомъ легкаго и простаго приведенія въ отношеніе пяти къ шести. Цванцигеры (20) и ценеры, стопли, такимъ образомъ, 25 и 12 крейцеровъ; монета въ два гульдена (спеціесталеръ или конвенціонталеръ) $2^1/_3$ гульдена. Рядомъ съ этими сортами монетъ, было въ обращеніи много иностранныхъ денегъ въ особенности французскій шестифранковый талеръ (Laubthaler, ecu de six livres), стоившій $2^3/_4$ легкихъ гульдена. Сверхъ того, къ концу восемнадцатаго вѣка прибывалъ въ возрастающей пропорціи, еще одинъ сортъ денегъ, кронентталеръ (брабантскій, впослѣдствіи чеканенный также въ Баваріи, Вюртембергѣ, Баденѣ, Дармштатѣ и т. д.), стоившій, по двадцатигульденной пробѣ, полтора талера ($2^1/_4$ гульдена), слѣдовательно, по двадцати четырехгульденной пробѣ, 2 гульдена 42 крейцера.

3. Двадцатиоднаталерная проба, четырнадцать талеровъ изъ чистой марки, до новѣйшаго времени существовавшая только въ Пруссіи, а потомъ принятая и другими сосѣдними государствами. Она была введена въ 1750 году, и послѣ неоднократныхъ модификацій возстановлена въ въ 1764 году; называется она также Граумапской пробой.

Такое разнообразіе не служило помѣхой для торговыхъ сношеній, и общее состояніе денежнаго дѣла было удовлетворительно, такъ какъ опредѣленная по закону проба исполнялась вездѣ строго и добросовѣстно. Что-же касается чрезмѣрныхъ выпусковъ мелкой размѣнной монеты, то вредныя послѣдствія ихъ ограничивались во многихъ случаяхъ только предѣлами той страны, гдѣ имѣли мѣсто (прим. р.).

Но большое замѣшательство было вызвано тѣмъ обстоятельствомъ, что упомянутые кронентталеры стали чеканиться болѣе низкой пробы, нежели значилось на клеймѣ, такъ что они были многими процентами ниже своей номинальной цѣны. Это зло причиняло особенно много вреда въ торговыхъ сношеніяхъ государствъ, принадлежащихъ къ таможенному союзу (Zoll-

verein). Злу можно было бы помочь только перечеканкой малоцѣнныхъ кроненталеровъ, что совершилось бы не безъ большихъ пожертвованій, тѣмъ болѣе, что химія въ то время была еще менѣе развита, нежели теперь. Поэтому южногерманскія государства сами предпочли оставить свою монетную пробу и перешли отъ 23 къ $24^1/_2$ гульденной пробѣ, въ которой они и начали чеканить свои настоящія деньги. Этимъ самымъ они приблизились къ прусской монетной пробѣ при помощи самаго простаго приведенія: теперь четыре прусскихъ талера стоили по вновь введенной монетной пробѣ ровно семь гульденовъ.

Это важное измѣненіе съ одной стороны произвело большую гармонію въ монетной системѣ внутренней Германіи, съ другой — предотвратило большія злоупотребленія, причинявшія прежде столько вреда торговлѣ. Оно вытекло изъ трактата 1838 г. между членами таможеннаго союза (u); а трактату этому предшествовалъ болѣе ограниченный договоръ 1837 г. между нѣкоторыми государствами.—

§ 41.

IV. Объектъ обязательства. Удовлетвореніе опредѣленное и неопредѣленное. — Деньги. Различныя цѣны.

Деньги могутъ имѣть троякаго рода цѣну. Успѣшное установленіе какихъ бы то ни было относящихся сюда юридическихъ нормъ невозможно безъ точнаго изслѣдованія природы и отличительныхъ свойствъ каждой изъ нихъ; называю я

(u) Напечатанъ въ Preussiche Gesetzsammlung 1839 г., стр. 18—24. Срав. Hoffmann. Zeichen der Zeit., стр. 29, 47. 48.— Нидерландскій (брабантскій кроненталеръ) уже въ 1816 г. въ Вѣнѣ былъ пониженъ на 2 гульдена 12 крейцеровъ по двадцатигульденной системѣ (Законъ им. Фронца, по Департаменту юстиціи отъ 1812—1817. Вѣна 1819. F. стр. 391). Въ южной Германіи кроненталеровъ было въ обращеніи болѣе чѣмъ на 166 милліоновъ гульденовъ. Noback., стр. 1183. 1184, 1414.

ихъ—номинальною (Nennverth) металлическою (Metallwerth) и курсовою (Courswerth).

А. Номинальная цѣна.

Подъ этимъ понятіемъ разумѣется цѣна, придаваемая каждой монетѣ по волѣ того лица, отъ кого она исходитъ.—Подъ послѣднимъ надо понимать само государство, субъекта этой дѣятельности въ томъ отношеніи, что оно чеканитъ монету и тѣмъ принимаетъ на себя необходимое посредничество, о которомъ мы упомянули выше (§ 40). Воля, опредѣляющая цѣну, можетъ проявляться въ самыхъ разнообразныхъ формахъ: въ самомъ монетномъ клеймѣ (§ 40. k. l.), въ формѣ закона, обнародованнаго надлежащимъ образомъ (a), наконецъ, въ формѣ простаго указа на имя начальника монетнаго двора въ административномъ порядкѣ; такой указъ можетъ быть публикованъ оффиціально или нѣтъ.

Номинальную цѣну имѣютъ всѣ роды денегъ, какъ настоящія деньги, такъ и денежные знаки; по отношенію къ послѣднимъ цѣна эта имѣетъ, сравнительно, еще большее значеніе, такъ какъ здѣсь опредѣленіе ея обыкновенно произвольнѣе, нежели при металлическихъ деньгахъ.

Непосредственное значеніе номинальной цѣны ограничивается только страною, которой принадлежитъ тотъ или другой родъ денегъ и гдѣ признается власть или распоряженіе представителя денежнаго дѣла; дѣйствіе же ея заграницею во многомъ зависитъ отъ случайныхъ обстоятельствъ. Вотъ почему, въ каждомъ государствѣ въ частности, несуществуетъ, собственно, номинальной цѣны для иностранныхъ денегъ, находящихся въ обращеніи, — а есть только несовершенный суррогатъ ея, когда туземное правительство установляетъ тарифъ, указывающій на отношеніе цѣнъ иностранныхъ денегъ къ туземнымъ. Подобные тарифы имѣютъ иногда цѣлью — регулировать пріемъ иностранныхъ денегъ въ собственныя ка-

---

(a) Примѣры: прусскій законъ 1821 г. объ учрежденіи монетнаго дѣла (G. S. 1821 стр. 159. Кабинетный указъ 1824 г. по поводу банковыхъ билетовъ. (G. S. 1824, стр. 138.). Также много и болѣе древнихъ законовъ объ облигаціяхъ казначейства и пр. (§ 46 t. u.)

значейства, иногда же просто—установить правильный курсъ, путемъ обнародованія тарифа въ тѣхъ случаяхъ, когда казначейства вовсе на принимаютъ иностранныхъ денегъ (a[1]).

Цѣнѣ этого рода давались и другія названія.

Часто ее называли внѣшнею цѣною (äusserer Werth) въпротивоположность, внутренней (innerer Werth) обозначавшей металлическую цѣну. Но это отвлеченное разграниченіе двухъ цѣнъ неудачно въ особенности потому, что при немъ курсовая цѣна получаетъ сомнительное и неопредѣленное значеніе. И въ самомъ дѣлѣ, эти выраженія употребляли въ различныхъ совершенно значеніяхъ, что одно уже указываетъ на полную ихъ негодность въ смыслѣ терминовъ.

Другіе ученые, для обозначенія номинальной цѣны, пользуются выраженіемъ—законная цѣна (gesetzlicher W.), но и это названіе я долженъ отвергнуть и, во первыхъ, уже потому, что опредѣленіе цѣны въ формѣ закона, какъ было указано выше, есть только одинъ изъ многихъ способовъ, которыми власть объявляетъ свою волю; но есть еще второе и болѣе важное основаніе. Съ выраженіемъ, „законная цѣна“ неразрывно связана мысль, что какъ будто существуетъ предписаніе власти подданнымъ—считать номинальную цѣну истинною во всѣхъ юридическихъ сдѣлкахъ.—Мы увидимъ изъ § 42-го, что подобное предписаніе немыслимо. Оно само собою неподразумѣвается и въ законахъ, объявляющихъ номинальную цѣну, не содержится необходимо. Многіе изъ вышеприведенныхъ законовъ (прим. a) не заключаютъ въ себѣ такого предписанія; а нѣкоторые изъ нихъ прямо высказываютъ нѣчто противоположное подобному принужденію.

Номинальная цѣна, по природѣ своей, не представляется неизбѣжно неподвижною; напротивъ, съ теченіемъ времени, она можетъ измѣняться.

B. Металлическая цѣна.

Подъ этимъ понятіемъ мы разумѣемъ цѣну, присвояемую каждой монетѣ по содержащемуся въ ней вѣсу чистаго сере-

---

(a[1]) Примѣры: Прусское Gesetzsammlung 1816, стр. 118, 1821, стр. 184. 190.

бра или золота. Она легко распознается посредствомъ вѣсовъ и химическаго анализа надъ матеріаломъ; первая операція опредѣляетъ валовой вѣсъ (Schrot) второй—п р о б у (Korn) монеты. Но этотъ способъ распознаванія на столько труденъ и дорогъ, что для частныхъ лицъ положительно недоступенъ, потому онъ и замѣняется упомянутымъ выше оффиціальнымъ удостовѣреніемъ о количествѣ серебра или золота, которое мы обыкновенно читаемъ на самой монетѣ, (§ 40 k. l). конечно въ связи съ довѣріемъ къ истинности этого удостовѣренія.

Металлическая цѣна, предполагая серебряныя или золотыя монеты, имѣетъ весьма ограниченную сферу приложенія: такъ о ней не можетъ быть рѣчи при бумажныхъ деньгахъ а также и при мѣдныхъ, имѣющихъ весьма малую цѣнность. Съ другой стороны, сфера металлической цѣны шире сферы приложенія номинальной — въ томъ смыслѣ, что первая имѣетъ значеніе и за предѣлами страны, въ которой монета чеканится.

Многіе ученые употребляютъ въ этомъ случаѣ выраженіе в н у т р е н н я я цѣна, въ противоположность внѣшней, которою они обозначаютъ номинальную цѣну. — Но возраженія, сдѣланныя мною поповоду приложенія столь отвлеченнаго названія къ номинальной цѣнѣ, говорятъ и противъ выраженія „внутренняя цѣна.“

Мы уже замѣтили, что оффиціальное завѣреніе о количествѣ металла, содержащагося въ монетѣ, имѣетъ значеніе подъ условіемъ довѣрія къ истинности самаго завѣренія.—Важность этого условія необходимо требуетъ изложенія многоразличныхъ причинъ колеблющихъ довѣріе къ истинности подобнаго завѣренія.

1. Прежде всего слѣдуетъ упомянуть объ обстоятельствѣ, которое можетъ заставить насъ думать, что большая часть монетъ содержитъ въ себѣ даже высшую цѣну противъ объявленной на штемпелѣ. Весьма рѣдко монета чеканится изъ чистаго серебра или золота; почти всегда въ ней содержится въ весьма значительной пропорціи часть мѣди, называемая л и г а т у р о й или п р и м ѣ с ь ю (Legierung, Beschickung). Такъ въ четырнадцати прусскихъ талерахъ, безъ сомнѣнія, содержится одна чистая марка; но каждый талеръ заключаетъ сверхъ того, примѣсь мѣди въ количествѣ равномъ одной трети вѣса своего серебра, слѣдовательно въ монетѣ $^3/_4$ серебра, а четверть

мѣди. Такимъ образомъ можно было бы подумать, что монета талеръ стоитъ больше талера (т. е. $^1/_{14}$ серебряной марки), если принять въ разсчетъ вѣсъ содержащейся въ ней мѣди. Въ самомъ дѣлѣ, получающій талеръ можетъ его расплавить и продать каждый металлъ порознь. Но издержки расплавки далеко превышаютъ стоимость мѣди; такъ что подобныя операціи неопасны. Не подлежитъ сомнѣнію, что государство должно покупать мѣдь, идущую на примѣсь; но этотъ расходъ включается въ общую стоимость чеканки, вслѣдствіе чего обыкновенно не принимается въ разсчетъ стоимость ничтожнаго количества лигатуры тамъ, гдѣ рѣчь идетъ о металлической цѣнѣ монеты (b).

2. Главнѣйшею причиной, подрывающею довѣріе къ истинности оффиціальнаго завѣренія, можетъ быть намѣренное включеніе правительствомъ въ каждую монету меньшаго количества благороднаго металла противъ показаннаго въ завѣреніи, —съ цѣлью воспользоваться этою разницею, какъ барышемъ. Въ прежнее время операціи такого рода былиочень часты; но впослѣдствіи почти совершенно исчезли, такъ, какъ онѣ не могутъ долго оставаться незамѣченными въ торговомъ мірѣ, и такимъ образомъ не приводятъ къ предположенной цѣли. Новѣйшій и важнѣйшій случай подобнаго уклоненія представляетъ намъ появленіе кронталеровъ въ южной Германіи (§ 40).

3. Слѣдующею причиною недовѣрія можетъ быть м о н е т н а я п о ш л и н а (Schlagchatz). Подъ послѣдней разумѣется уменьшеніе въ количествѣ металла для покрытія издержекъ чекана. Въ пользу этой операціи, повидимому, говоритъ то справедливое соображеніе, что нельзя возлагать на государство обязанности покрывать своими средствами расходы на чеканъ монеты, т. е. операціи, совершаемой въ пользу частныхъ лицъ. Съ другой стороны, и лицо, пользующееся монетой, находитъ въ ней нѣчто болѣе удобное и полезное по своей формѣ и

(b) Hoffmann., стр. 23—30. Rau. т. 2 § 252. Въ послѣднее время составилось убѣжденіе, что признанныя прежде преимущества сильной лигатуры не имѣютъ достаточнаго основанія, — обстоятельство, повидимому, не замѣченное Гоффманомъ.

штемпелю, нежели въ грубомъ кускѣ серебра того же вѣса. Тѣмъ не менѣе, будетъ неблагоразумно на этомъ основаніи допускать уменьшеніе монеты, такъ какъ этимъ легко подрывается довѣріе частныхъ лицъ къ металлическому вѣсу монеты. Кромѣ того монетная пошлина нерѣдко, переступая границы собходимыхъ издержекъ, служила только предлогомъ къ замаскированному извлеченію тѣхъ чистыхъ, но недобросовѣстныхъ барышей, о которыхъ мы говорили выше.

Вотъ почему иные способы покрытія издержекъ чекана всегда заслуживаютъ предпочтенія, — напр. пріобрѣтеніе благородныхъ металловъ по возможно болѣе дешевой цѣнѣ. Для этой цѣли нерѣдко принуждаютъ собственниковъ туземныхъ рудниковъ продавать золото на монетный дворъ за низкую цѣну; впрочемъ нѣтъ никакого юридическаго основанія возлагать такое бремя исключительно на золотопромышленниковъ. Съ другой стороны, въ торговлѣ драгоцѣнными металлами нѣтъ болѣе крупнаго покупателя, какъ государство, у котораго никогда не бываетъ недостатка въ капиталѣ; такимъ образомъ, при внимательномъ наблюденіи за торговымъ оборотомъ и при умѣніи воспользоваться временемъ и случаемъ купить товаръ по сходной цѣнѣ, государство будетъ въ состояніи вполнѣ покрывать свои издержки на чеканъ этимъ безукоризненнымъ способомъ. (c).

Если на монету имѣютъ право частныя лица, доставляющія сырой матеріалъ для чеканки изъ него отдѣльныхъ монетъ, то монетная пошлина не идетъ въ ихъ пользу.

4. Недовѣріе можетъ затѣмъ возникнуть вслѣдствіе несовершенства чекана отдѣльныхъ монетъ, которое проявляется или въ неодинаковомъ распредѣленіи серебра и мѣди въ смѣси (т. е. въ пробѣ), или въ неровномъ вѣсѣ отдѣльныхъ монетъ (т. е. въ валовомъ вѣсѣ). Такого рода недостатки чекана въ прежнее время встрѣчались часто. Съ развитіемъ чеканнаго искусства предѣлы ихъ все болѣе съуживались, но совершенно избѣгнуть ихъ нѣтъ никакой возможности, а потому явилась необходимость установить законное опредѣленіе

(c). Hoffmann, стр. 50 Rau, т. 2. § 257, т. 3 § 196—108.

границъ отступленія отъ нормы, въ которыхъ эти недостатки считались бы для монетныхъ дворовъ дозволительными и извинительными. Эти границы называются remedium, границы недостатка, tolerance, или remede (d). —И ремедіумъ въ прежнее время нерѣдко служилъ маской для прикрытія недобросовѣстныхъ барышей.

5. Дальнѣйшая причина недовѣрія, весьма частая въ былое время, лежала въ обрѣзываніи монетъ (Beschneiden, Kippen), опасности котораго сильно уменьшились, благодаря усовершенствованію чекана.

6. Неизбѣжная и возрастающая съ древностью самой монеты причина—есть естественная утрата вѣса (Abnutzung), нерѣдко вынуждающая правительство къ изъятію изъ оборота потертыхъ монетъ и перечеканкѣ ихъ съ убыткомъ (e).

7. Всѣ эти причины вмѣстѣ взятыя, или каждая порознь, достаточны для того, чтобы объявленной металической цѣны и, быть можетъ, существовавшей первоначально, надѣлѣ неоказалось, и такимъ образомъ монета въ оборотѣ получила среднимъ числомъ низшую цѣну противъ номинальной, не смотря на то, что отдѣльныя монеты могутъ содержать въ себѣ то больше, то меньше серебра или золота. Такое положеніе дѣла еще болѣе ухудшается вслѣдствіе нечестнаго промысла нѣкоторыхъ лицъ, которыя, выбравъ изъ извѣстнаго количества монетъ лучшія, расплавляютъ ихъ, а худшія снова пускаютъ въ оборотъ (вывѣшиватели монетъ, Wipper) (f).

Металлическая цѣна каждой монеты, по природѣ своей, постоянна и независима отъ произвола; тѣмъ не менѣе, она подвержена случайнымъ измѣненіямъ вслѣдствіе обрѣзки и утраты вѣса отдѣльными монетами, — что впрочемъ, теперь уже не такъ опасно, какъ прежде.

(d) Hoffmann. стр. 39 О ремедіумѣ, по прусскимъ законамъ, срав. G. S. 1821 г. стр. 162, G. S. 1843 г. стр. 256. Для союзной монеты въ два прусскихъ талера ремедіумъ составляетъ три тысячныя доли. G. S. 1839 стр. 21.

(e) Hoffmann., стр. 43—48. Стр. 98.

(f) Древнѣйшіе нѣмецкіе законы наполнены мѣрами противъ монетныхъ обрѣзниковъ (Kipper) и вывѣшивателей (Wipper).

С. Курсовая цѣна.

Это—цѣна, придаваемая какому бы то ни было роду денегъ всеобщимъ довѣріемъ, т. е. общественнымъ мнѣніемъ. Такая цѣна состоитъ въ непосредственной связи съ изложеннымъ выше (§ 40) существомъ денегъ вообще, изъ чего уже видно дѣйствительное ея значеніе и важность.

Курсовая цѣна нисколько не связана предѣлами извѣстнаго государства, но въ различныхъ мѣстахъ и странахъ она можетъ быть различна; особенныя обстоятельства, въ которыхъ находится то и другое государство, могутъ вліять на нее даже и въ предѣлахъ одной территоріи.

Такимъ образомъ курсовая цѣна, по природѣ своей непостоянна и въ разныя времена подвергалась самымъ сильнымъ измѣненіямъ.

При такой, измѣняющейся по времени и мѣсту природѣ курсовой цѣны, она можетъ получить опредѣленное значеніе и стать основою юридическихъ нормъ только по приведеніи ея въ нѣчто неизмѣнное и независимое отъ мѣста и времени.— За такое неизмѣнное ея основаніе необходимо принять цѣну благородныхъ металловъ, т. е. серебра и золота, смотря потому, какой изъ нихъ положенъ во основу монетной системы той или другой страны.

И такъ, если нужно сравнить курсовую цѣну какого нибудь рода бумажныхъ денегъ въ два момента времени, отдѣленныхъ другъ отъ друга десятилѣтнимъ промежуткомъ, то необходимо, по отношенію къ нѣмецкимъ государствамъ, поставить вопросъ: сколько чистаго серебра въ тотъ и другой моментъ времени, можно было купить на одинъ талеръ (или гульденъ) этихъ бумажныхъ денегъ, и тогда точно опредѣлится курсовая цѣна послѣднихъ въ оба момента времени (g).

(g) Способъ, указанный нами, можетъ показаться болѣе труднымъ, нежели онъ есть на самомъ дѣлѣ, въ томъ смыслѣ, что торговля необработаннымъ серебромъ, какъ товаромъ, довольно рѣдка, чтобы можно было легко всегда опредѣлить его цѣну. Но нѣтъ никакой необходимости въ такомъ опредѣленіи: вездѣ можно найти серебряную монету хорошаго достоинства и несомнѣнной пробы (каковы напр, прусскій талеръ и австрійскій цванцигеръ), которая вполнѣ достаточна для сравненія.

Впрочемъ, положеніе это не можетъ считаться вполнѣ безспорнымъ, такъ какъ оно тѣсно связывается съ громкимъ запутаннымъ споромъ о колебаніи цѣнъ благородныхъ металловъ, сравнительно съ другими товарами.—Колебаніе ихъ, ставшее замѣтнымъ во многихъ странахъ по крайней мѣрѣ со времени открытія Америки, не подлежитъ ни какому сомнѣнію,—а потому цѣна благородныхъ металловъ должна считаться неизмѣнною не абсолютно, но только относительно (сравнительно со всякимъ другимъ товаромъ), вслѣдствіе чего многіе ученые думали найти лучшій и болѣе неизмѣнный масштабъ въ нѣкоторыхъ другихъ предметахъ, именно: въ цѣнѣ хлѣбнаго зерна, или же въ рабочей платѣ, въ видѣ обыкновенной поденной задѣльной платы.

Тѣмъ не менѣе я все-таки настаиваю на прежнемъ положеніи, какъ на способѣ болѣе надежномъ, и вотъ почему. Во 1-хъ многія указанія на колебаніе цѣнъ благородныхъ металловъ, и притомъ самыя важныя и серьезныя, основаны на простыхъ недоразумѣніяхъ: авторы ихъ упустили изъ виду большія измѣненія въ монетной пробѣ и были введены въ заблужденіе сходствомъ названій существенно различныхъ между собою монетъ.—Во 2-хъ, это колебаніе стало замѣтно только послѣ долгаго промежутка времени, тогда какъ по отношенію къ другимъ товарамъ, именно къ хлѣбному зерну, происходили гораздо большія колебанія, и даже внезапныя и совершенно случайныя.—Наконецъ, колебаніе это постепенно уменьшается, благодаря очевидному прогрессу всемірныхъ торговыхъ сношенійнашего времени (h).

Слѣдующій за тѣмъ вопросъ — по какимъ признакамъ р а с п о з н а е т с я курсовая цѣна—представляется, съ перваго взгляда, весьма труднымъ. И въ самомъ дѣлѣ, стоитъ только припомнить, какъ измѣнчиво и ненадежно общественное мнѣніе въ другихъ сферахъ, часто даже въ одномъ и томъ же мѣстѣ и въ одно время, чтобы ожидать тойже ненадежности и поотношенію къ

(h) По поводу этого важнаго и труднаго вопроса укажу на слѣдующія сочиненія: H e l f e r i c h—все сочиненіе—въ особенности же, стр. 40. 46—47. 266—268. R a u t. 1 § 169—178. S a v i g n y Geschichte des R. R. im Mittelalter, т. 3. Прилож. I.

курсовой цѣнѣ.—Но здѣсь мы встрѣчаемъ совершенно другое. Въ интересахъ каждаго индивидуума содѣйствовать, въ этой области общему соглашенію и подчиняться ему—Возникновенію послѣдняго способствуютъ собранія коммерсантовъ на торговыхъ биржахъ, мнѣніе которыхъ производитъ рѣшительное вліяніе на огромномъ пространствѣ территоріи. Къ этому слѣдуетъ прибавить невѣроятное развитіе и облегченіе оборота между городами и деревнями; при посредствѣ желѣзныхъ дорогъ, телеграфовъ и пароходства, эти пути сообщенія повели къ возникновенію, сначала въ Европѣ, а потомъ и въ другихъ частяхъ свѣта, общей курсовой цѣны монеты, о чемъ въ прежнее время нельзя было и думать. Всѣ эти нововведенія, съ точки зрѣнія интересующаго насъ вопроса, привели къ своего рода солидарности идей и воль отдѣльныхъ лицъ, разсыпанныхъ по всему земному шару,—солидарности, все болѣе возрастающей.

Въ заключеніе разсмотримъ взаимное отношеніе трехъ названныхъ нами цѣнъ.

Здоровое и нормальное состояніе монетнаго дѣла состоитъ въ возможно—большемъ ихъ согласіи; слѣдовательно, для монеты необходимо согласіе цѣнъ номинальной, металлической и курсовой; для бумажныхъ денегъ — согласіе первой — съ послѣднею.

Значительныя уклоненія отъ указанной нормы почти всегда сопровождаются послѣдствіями вредными для оборота и экономическихъ интересовъ частныхъ лицъ (i). Особенно важное и гибельное послѣдствіе такого уклоненія наступаетъ въ томъ случаѣ, когда въ странѣ одновременно обращаются двоякаго рода деньги—дурныя и хорошія (одна звонкая монета, или звонкая монета и бумажныя деньги); хорошая монета обыкновенно тогда исчезаетъ: одна часть ея уходитъ за границу, другая прячется или зарывается.

(i) Rau т. 3. § 201., замѣчаетъ, что въ этомъ отношеніи въ новѣйшее время господствуютъ болѣе здравыя сужденія, нежели прежде.

Уклоненія отъ нормы, болѣе значительныя, бываютъ съ бумажными деньгами.—Между металлическою и курсовою цѣнами можетъ постоянно существовать небольшая разница. Мы указала выше на примѣръ древнихъ прусскихъ грошей (§ 40. р), курсовая цѣна которыхъ въ теченіи значительнаго числа лѣтъ, оставалась равною номинальной, хотя металическая цѣна ихъ впослѣдствіи составляла только $^4/_7$ номинальной. Напротивъ, случай курсовой цѣны болѣе низкой сравнительно съ металическою можетъ существовать только въ самыхъ незначительныхъ размѣрахъ и кратковременно: въ противномъ случаѣ, открылась бы весьма выгодная операція расплавки и продажи монеты въ видѣ сыраго матеріала (k).

Для поясненія приведу нѣсколько примѣровъ гдѣ вышеуказанное уклоненіе проявлялось и проявляется въ самыхъ широкихъ размѣрахъ.

Во время первой французской революціи появились бумажныя деньги подъ именемъ ассигнацій, (assignats), а потомъ вскорѣ затѣмъ и другія—подъ именемъ мандатъ (mandats). Курсовая цѣна ихъ пала очень быстро и сильно, такъ что онѣ вскорѣ потеряли всякую цѣнность. Весьма естественно, что металлическія деньги при этомъ должны были совершенно исчезнуть, будучи отчасти вывезены за границу, отчасти спрятаны. Такое неестественное состояніе имѣло бы самый бѣдственный исходъ, еслибы не было кратковременно (l).

Въ Австріи существовали рядомъ съ металическою монетою

(k) Такимъ образомъ если требуется найти для какой нибудь древней эпохи курсовую цѣну какого-либо рода денегъ, то принедостаточности удовлетворительныхъ указаній на этотъ предметъ, и при указанномъ нами естественномъ согласіи мы можемъ съ вѣроятностью принять металическую цѣну, которую легко найти, за курсовую.

(l) Такъ какъ большинство моихъ читателей, по всей вѣроятности, никогда не видали ассигнацій, то я сообщу сущность надписи, стоящей на одной изъ нихъ, случайно находящейся у меня подъ руками: „Assignat de cinq cents liv. hypothequé sur les domaines nationaux. créé le 20 pluviôse l'an 2 de la république. (Вверху:) la loi punit de mort le contrefacteur. (Внизу:) la nation recompense le denonciateur.“—Такихъ ассигнацій было выпущено мало по малу болѣе чѣмъ на 45,000 милліоновъ ливровъ. Helferich; стр, 286.

и бумажныя деньги (банковые билеты, Bankzettel), которые въ умѣренномъ количествѣ были весьма удобны и выгодны для оборота. Вслѣдствіе непомѣрнаго размноженія къ концу 18 стол., курсовая ихъ цѣна стала падать, и зло наконецъ дотого усилилось, что въ 1811 г. вся масса этихъ бумажныхъ денегъ (1060 милліоновъ гульденовъ) была понижена закономъ до $^1/_5$ первоначальной номинальной цѣны (m). Замѣнившія ихъ новыя бумажныя деньги: выкупные билеты—(Einloesungscheine) (досрочные билеты — (Anticipationscheine), извѣстные подъ общимъ названіемъ вѣнскихъ денегъ (Wiener Waehrung) впослѣдствіи были тоже понижены до $^2/_5$, такъ что обѣ операціи произвели общее пониженіе до $^2/_{25}$ первоначальной номинальной цѣны (n).—Даже новѣйшія бумажныя деньги (банковыя ассигнаціи—Banknoten, Kassenanweisungen и пр.), замѣнившія прежнія, въ настоящее время тоже теряютъ около четвертой части своей номинальной цѣны сравнительно съ металлическими деньгами по курсу. И здѣсь также повторилось неизбѣжное послѣдствіе—исчезновеніе изъ оборота металлическихъ денегъ.

Описанное зло имѣло во Франціи несравненно большую напряженность, но за то меньшую продолжительность; въ Австріи оно было мягче, но длилось (безъ перерыва) болѣе полустолѣтія.

Въ обѣихъ странахъ оно носило характеръ почти государственнаго банкротства,—такъ какъ всякія бумажныя деньги—не деньги, а настоящій государственный долгъ (§ 50, o).

(m) Finanzpatent 20 Feb. 1811 (R. Franz. Gesetze im Justizfache 1804—1811. Wien 1816, стр. 254). Банковые билеты понижаются на $^1/_5$ и промѣниваются на выкупные билеты (§ 2—4). Эти бумаги считаются нынѣ вѣнскими деньгами и деньгами нѣкоторыхъ провинцій (§ 8). Контракты должны быть заключаемы на этивѣнскія деньги, за исключеніемъ займа, имѣющаго предметомъ извѣстный сортъ денегъ (§ 9). „Звонкая монета“ означаетъ отнынѣ въ контрактахъ выкупные билеты (§ 15). Для уплаты старыхъ долговъ установляется особая курсовая таблица (§ 12. 13. 14).

(n) Пониженіе на $^2/_5$ совершилось путемъ простаго объявленія банка отъ 9 марта 1820 г. Вѣнскія деньги мало по малу размножались и составили наконецъ болѣе 100 милліоновъ, но впослѣдствіи онѣ снова были ограничены весьма умѣренной цифрой. Noback., стр. 1422. 1424.

§ 42.

IV. Объектъ обязательства. Удовлетвореніе опредѣленное и неопредѣленное. Деньги. Юридическія нормы.

Все предыдущее изслѣдованіе имѣло цѣлью проложить путь къ рѣшенію слѣдующаго юридическаго вопроса: что составляетъ истинный предметъ денежнаго обязательства? Затѣмъ намъ останется еще рѣшить чисто-практическій вопросъ: какою суммою погашается прежде возникшее денежное обязательство?

Связывая эти вопросы съ установленными выше (§ 39) понятіями, мы получимъ слѣдующіе несомнѣнные принципы. Деньги принадлежатъ къ числу квантитетовъ, а потому между однородными денежными единицами также мало различія, какъ и между отдѣльными пшеничными зернами, составляющими одну кучу; отдѣльныя денежныя единицы не различаются между собою, слѣдовательно онѣ нераспознаваемы; затѣмъ, въ юридическомъ смыслѣ, онѣ потребляемы, такъ какъ истинное и правильное ихъ потребленіе состоитъ въ израсходованіи, исключающемъ всякое дальнѣйшее притязаніе на нихъ прежняго собственника также всецѣло, какъ и матеріальное потребленіе (a).

Если различеніе отдѣльныхъ однородныхъ монетныхъ единицъ юридически невозможно и безразлично, то тѣмъ важнѣе представляется намъ разграниченіе различныхъ родовъ денегъ. Съ этимъ вмѣстѣ весь нашъ вопросъ, по видимому, всецѣло переходитъ въ область генерическихъ обязательствъ, такъ что недоразумѣнія и споры о лучшемъ или худшемъ родѣ денегъ будутъ имѣть тотъ же характеръ, какъ споры о хорошей и дурной пшеницѣ, что слѣдуетъ должнику предоставить право выбора того рода денегъ, которымъ можетъ быть погашено обязательство, или, что тоже самое, удовлетвореніе

(a) § 2 J. de usuf. (2. 4). Срав. выше § 39. b.

должно совершаться, въ сомнительныхъ случаяхъ, при посредствѣ самаго малоцѣннаго рода денегъ (§ 39. b).—Но подобное рѣшеніе вопроса было бы только самообольщеніемъ.—Правило генерическихъ обязательствъ, которымъ мы желали бы ихъ воспользоваться въ настоящее время, предполагаетъ случай преднамѣренной неопредѣленности, рѣшеніе которой предоставляется на волю должника (§ 38). и которой не существуетъ при собственно-денежныхъ обязательствахъ: здѣсь контрагенты всегда имѣютъ въ виду вполнѣ опредѣленную цѣну; сомнительнымъ и спорнымъ можетъ быть только пунктъ: какова эта цѣна? Такимъ образомъ, вопросъ нашъ не долженъ рѣшаться по правилу генерическихъ обязательствъ (b), а скорѣе по принципамъ толкованія юридическихъ сдѣлокъ, которые слѣдуетъ вывести, главнымъ образомъ, изъ общей природы денегъ, а за тѣмъ намъ нужно будетъ посмотрѣть, какъ онъ рѣшается положительнымъ закономъ.

И такъ, нашъ вопросъ выразится въ слѣдующей болѣе точной формѣ: по какой цѣнѣ должна быть уплачена сумма, означенная въ денежномъ обязательствѣ: по номинальной, металлической или курсовой?

Очевидно, что при нормальномъ состояніи денежной системы, состоящемъ въ согласіи различныхъ цѣнъ (§ 41), вопросъ этотъ не имѣетъ никакого практическаго значенія; точно также онъ не возбуждаетъ никакого сомнѣнія и спора, когда въ промежутокъ времени, между заключеніемъ и исполненіемъ обязательства, не произойдетъ никакой перемѣны въ состояніи денежнаго рынка, т. е. въ одной изъ цѣнъ или въ нѣкоторыхъ изъ нихъ. — Подобная перемѣна можетъ касаться долговъ различнаго происхожденія, т. е. изъ займа, купли, найма, завѣщанія или деликта.—Главнѣйшій между ними, по многимъ основаніямъ, есть долгъ изъ займа:во 1-хъ потому, что въ этомъ именно случаѣ долговыя отношенія бываютъ обыкновенно долгосрочны; во 2-хъ и потому, что при займѣ, по общимъ

(b) Это правило приложимо къ второстепеннымъ и неважнымъ случаямъ, не принадлежащимъ къ области собственно долговыхъ обязательствъ (См. ниже § 43. b).

принципамъ, качествомъ полученнаго предмета опредѣляется и качество подлежащаго возвращенію (c), такъ что здѣсь не предполагается, какое либо различіе намѣреній участвующихъ сторонъ, и оно не можетъ быть выведено изъ буквальнаго толкованія выраженій, помѣщенныхъ въ договорѣ, — толкованія, которое и въ другихъ случаяхъ безразлично, и тамъ, гдѣ дѣло идетъ объ истинномъ предметѣ денежнаго долга, можетъ легко ввести въ заблужденіе.

Обращаясь за тѣмъ къ отвѣту на поставленный выше вопросъ и соображая, какую изъ цѣнъ слѣдуетъ считать въ этомъ случаѣ примѣнимою, я нахожу нелишнимъ предварительно высказаться въ пользу цѣны курсовой. Рѣшительное доказательство неприложимости двухъ другихъ цѣнъ будетъ такимъ образомъ видно уже изъ основательности допущенія первой; при всемъ томъ, при изложеніи двухъ другихъ цѣнъ, мы укажемъ на особенныя причины ихъ непримѣнимости.

A. Номинальная цѣна.

Въ пользу номинальной цѣны, какъ истиннаго предмета денежнаго долга, главнымъ образомъ приводилось то основаніе, что только представитель монетнаго дѣла въ каждомъ государствѣ выпускающій монету, можетъ опредѣлить и цѣну ея, по своему произволу. Но это основаніе теряетъ свою убѣдительность въ виду соображенія, что истинная дѣятельность этого представителя не творческая, а только посредническая (§ 40).

По видимому, гораздо полновѣснѣе доводъ, что представитель, независимо отъ этого своего качества, соединяетъ обыкновенно въ своемъ лицѣ и болѣе важное качество законодателя и вотъ, въ силу соединенія въ одномъ лицѣ двухъ властей, опредѣленіе номинальной цѣны денегъ есть вмѣстѣ съ тѣмъ законъ, обязательный для всѣхъ живущихъ въ государствѣ, и въ особенности для всякаго судьи, рѣшающаго дѣло о денежномъ долгѣ.—Этотъ вопросъ требуетъ самаго подробнаго разбора, тѣмъ болѣе, что весьма часто въ выставляемомъ

(c) Это признавало римское право. L. 3 de reb. cred. (12. 1); точно тоже и въ прусскомъ A. L. R. I. 11 § 778, I. 16 § 74.

на видъ доводѣ истина и ложь смѣшаны въ самой привлекательной формѣ.

1. Опредѣленіе представителемъ монетнаго дѣла номинальной цѣны какого либо рода денегъ совершается иногда въ формѣ закона, но часто и другимъ путемъ,—напр., простымъ штемпелемъ на монетѣ (§ 41). Такимъ образомъ, разбираемый доводъ въ послѣднемъ случаѣ представляется неосновательнымъ.

2. Въ первомъ же случаѣ, онъ сохраняетъ внѣшнюю убѣдительность. Однако, законъ, опредѣляющій номинальную цѣну, вовсе не имѣетъ необходимою цѣлью связать тѣмъ самымъ волю гражданъ и указать судьѣ рѣшеніе. Смыслъ закона не всегда таковъ, что видно уже изъ обстоятельства, что одни изъ законовъ, установляющихъ номинальную цѣну извѣстнаго рода денегъ, прямо говорятъ освоей обязательности для гражданъ и судей (о чемъ мы сейчасъ поговоримъ подробнѣе), тогда какъ другіе выражаютъ прямо противное (§ 41, а), такъ что, слѣдовательно, подобные законы могутъ содержать въ себѣ предписанія діаметрально противоположныя. А потому, если законъ установляющій номинальную цѣну, оставляетъ этотъ пунктъ неопредѣленнымъ, то мы не имѣемъ никакого права толковать его въ томъ смыслѣ, что онъ связываетъ судью; иначе мы произвольно внесемъ възаконъ положительное предписаніе.

3. Съ другой стороны, нельзя отрицать возможности изданія столь строго—обязательныхъ законовъ и даже весьма частаго ихъ появленія. Цѣль и послѣдствія предписаній такого рода извѣстны подъ именемъ принудительныхъ денежныхъ курсовъ (Zwangscours). И такъ гдѣ существуетъ подобный законъ — тамъ обязанность судьи примѣнять его не подлежитъ никакому сомнѣнію: всякій законъ долженъ быть исполняемъ безъусловно, хотя бы даже судья считалъ его безнравственнымъ, жестокимъ и несправедливымъ.

Для наглядnаго поясненія значенія принудительнаго курса приведемъ нѣсколько примѣровъ изъ дѣйствительной жизни, но предварительно замѣтимъ, что такой курсъ при металлическихъ деньгахъ встрѣчается рѣдко и не имѣетъ особеннаго значенія, что же касается бумажныхъ денегъ, то здѣсь приложеніе его со всѣми гибельными послѣдствіями не имѣетъ границъ.

Принудительный курсъ получилъ крайне широкое примѣненіе во Франціи къ ассигнаціямъ и мандатамъ причемъ были пущены въ ходъ самыя насильственныя мѣры для его осуществленія (§ 41).

Вслѣдъ за послѣднею революціею въ мартѣ 1848 г., былъ установленъ принудительный курсъ для billets de banque (d), впрочемъ, отмѣненный уже въ 1850 г.

Когда въ Пруссіи, вслѣдствіе военныхъ неудачъ 1806 г., бумажныя деньги пали ниже номинальной цѣны, то законодательство часто колебалось и установляло принудительный курсъ. Въ 1813 г. послѣдній былъ совершенно отмѣненъ и съ тѣхъ поръ не возстановлялся (e).

Въ Австріи, при періодическихъ законныхъ редукціяхъ бумажныхъ денегъ, принудительный курсъ претерпѣлъ множество модификацій.—Такъ называемый Finanzpatent 1 Янв. 1816 г. (§ 1. 16) объявилъ, что впредь не будетъ выпущено никакихъ бумажныхъ денегъ съ принудительнымъ курсомъ, и въ особенности, что выпущенные тогда же новые банковые билеты (Banknoten) не должны имѣть принудительнаго курса. Но и послѣднимъ въ 1848 г. былъ сообщенъ принудительный курсъ сначала просто министерскимъ предписаніемъ, а потомъ подтверждающимъ его императорскимъ патентомъ (e^1). Эти бумажныя деньги имѣютъ еще и теперь принудительный курсъ, который поддерживается столь рѣшительно, что само государство, къ великому горю своихъ кредиторовъ, уплачиваетъ бумажными деньгами, по номинальной цѣнѣ, проценты тѣхъ государственныхъ долговъ, которые, уже по обычному своему названію, должны бы кажется уплачиваться только металлическими деньгами (metalliques), такъ какъ въ долговыхъ документахъ прямо говорится о конвенціонной монетѣ.

Съ упомянутыми законами, произвольно вторгающимися въ денежную систему, не слѣдуетъ смѣшивать нѣкоторыхъ другихъ,

---

(d) Les codes Français par Tripier. Paris 1851. p. 1410.
(e) См. ниже § 46 t. u.
(e^1) K. Franz Gesetze v. 1812 bis 1817 Wien 1819, стр. 359. Noback., стр. 1402, 1477, 1879.

имѣющихъ въ дѣйствительности другое значеніе. Такъ прусское земское право постановляетъ, что подъ денежными суммами, означенными въ договорахъ, должно разумѣть ходячую серебряную монету (f). Этотъ законъ заключаетъ въ себѣ простое толкованіе договоровъ, а вовсе не правило, стѣсняющее свободу контрагентовъ; въ особенности это ясно видно изъ того, что и договоры, отступающіе отъ закона, считаются дозволенными и дѣйствительными (g). Тоже должно сказать о нѣкоторыхъ законахъ, измѣняющихъ монетную пробу,—о чемъ рѣчь будетъ впереди (прим. m).

4. Послѣ высказанныхъ соображеній и подробныхъ объясненій законовъ, установляющихъ принудительный курсъ, вопросъ нашъ: — составляетъ ли номинальная цѣна истиннный предметъ денежнаго долга—получаетъ болѣе опредѣленное и ограниченное значеніе. — Прежде всего вопросъ состоитъ въ томъ: позволительно ли законодателю установлять по отношенію къ номинальной цѣнѣ принудительный курсъ? Къ нему примыкаетъ второй — болѣе важный съ практической стороны: слѣдуетъ-ли, при отсутствіи закона о принудительномъ курсѣ, въ силу самой природы денегъ считать номинальную цѣну за истинное содержаніе денежнаго долга? Если этимъ правиломъ, станетъ руководиться судья, то практическій результатъ будетъ совершенно тотъ же, какъ и при существованіи законно-принудительнаго курса.

Оба вопроса должны быть разрѣшены отрицательно, ибо номинальная цѣна не составляетъ истиннаго предмета денежнаго долга.

Убѣдительнѣйшія доказательства этого положенія могутъ быть, впрочемъ, приведены только при разсмотрѣніи курсовой цѣны. Но и здѣсь можно указать на два капитальныя основанія не въ пользу номинальной цѣны, какъ истиннаго предмета денежнаго долга, и противъ возведенія ея законодательнымъ путемъ въ принудительно—курсовую.

(f) A. L. R. 1. II § 779, 1 5 § 258, 1. 16. § 76.

(g) A. L. R. 1 11 § 778. 1. 12. § 450. 451., 1. 5. § 257., 1. 16 § 74.

Во 1-хъ, авторитетъ и власть представителя денежнаго дѣла и законодателя ограничиваются собственнымъ государствомъ; отсюда всѣ ихъ распоряженія, противныя общественному мнѣнію, не будутъ имѣть заграницей никакого значенія и послужатъ тормазомъ и помѣхой для взаимныхъ сношеній собственной страны съ иноземцами, къ великому вреду обѣихъ сторонъ.

Во 2-хъ, что же касается вліянія принудительнаго курса на собственную страну,—то его можно было бы, повидимому, оправдать такимъ соображеніемъ: всѣ, безъ исключенія, нуждаются въ деньгахъ и пользуются ими, такъ что это искусственное и вынужденное состояніе денежной системы касается всѣхъ одинаково, и поэтому, вредъ причиняемый ею, становится нечувствительнымъ для каждаго отдѣльнаго лица.

Но такое предположеніе было бы чистою иллюзіей. Въ самомъ дѣлѣ, власть законодателя въ денежной области весьма ограничена даже въ предѣлахъ собственной страны, такъ какъ большая часть повседневныхъ отношеній неизбѣжно ускользаетъ изъ подъ ея вліянія. Положимъ, напр., что вновь выпущеннымъ бумажнымъ деньгамъ придается цѣна вдвое болѣе той, какую признаетъ за ними общественное мнѣніе: единственнымъ послѣдствіемъ такого распоряженія было бы вздорожаніе всѣхъ товаровъ и увеличеніе задѣльной платы вдвое противъ прежней; такъ что собственникъ, продававшій прежде шеффель хлѣбнаго зерна за талеръ теперь потребуетъ за него, бумажными деньгами, два талера.—

Нѣтъ никакой возможности устранить такихъ послѣдствій: ибо всякій собственникъ имѣетъ право не продавать товаръ покупщику, не соглашающемуся на его условія (h). Остается затѣмъ одно только юридическое отношеніе, дѣйствительно зависящее отъ власти законодателей, это — уплата прежнихъ

(h) Впрочемъ, въ самый необузданный періодъ французской революціи явилась попытка ввести принужденіе и въ эту сферу, путемъ установленія, покрайней мѣрѣ, на предметы первой необходимости высшей цѣны le maximum подъ страхомъ строгихъ наказаній. — Однако послѣдовательное осуществленіе этой мѣры оказалось невозможнымъ.

долговъ. И въ самомъ дѣлѣ, если кредиторъ обратится къ содѣйствію суда, то судъ, какъ мы уже замѣтили, обязанъ будетъ признать принудительный курсъ; и кредиторъ, пріобрѣвшій прежде претензію во сто талеровъ долженъ будетъ удовлетвориться уплатою ста талеровъ новыми бумажными деньгами, на которые онъ купитъ только половину того количества хлѣба, которое могъ бы купить, если бы долгъ былъ ему уплаченъ до выпуска этихъ бумажныхъ денегъ. Обстоятельство, что законъ въ данномъ случаѣ производитъ столь одностороннее послѣдствіе, вліяя только на уплату старыхъ долговъ и оставляя, по необходимости, всѣ другія отношенія неприкосновенными,—несомнѣнно доказываетъ его жестокость и несправедливость.

Къ этому соображенію можно прибавить еще и другое. Государство, пытаясь поднять курсъ павшихъ въ цѣнѣ бумажныхъ денегъ посредствомъ принудительнаго закона, вовсе не имѣетъ въ виду обогатить одинъ классъ подданныхъ на счетъ другаго (неизбѣжное и несправедливое послѣдствіе, о которомъ мы говорили); его цѣль совершенно другая: покрыть, посредствомъ вычетовъ, часть своихъ собственныхъ издержекъ на проценты, жалованье и пенсіи.—Прибыль, выручаемая государствомъ такимъ путемъ, имѣетъ характеръ подоходнаго налога и, повидимому, оправдывается правомъ государства взимать налоги. Но во 1-хъ, государство не имѣетъ никакого права взимать налогъ съ чужестранныхъ государственныхъ кредиторовъ; во 2-хъ, несправедливо и въ предѣлахъ своей страны облагать подоходнымъ налогомъ исключительно капиталистовъ, чиновниковъ и пенсіонеровъ, оставляя свободными отъ него всѣ прочіе классы.

Нельзя, наконецъ, не упомянуть о моральномъ послѣдствіи подобнаго закона, возмущающаго чувство справедливости.

Только что указанные узкіе предѣлы естественнаго и цѣлесообразнаго воздѣйствія законодателя на цѣну денегъ не слѣдуетъ переносить на появляющіеся время отъ времени законы, имѣющіе цѣлью совершенную отмѣну или изъятіе изъ обращенія извѣстнаго рода туземной монеты. Единственное послѣдствіе подобнаго закона состоитъ въ томъ, что отмѣняемый родъ монеты теряетъ характеръ денегъ; онъ уже не можетъ служить

для должника средствомъ уплаты, такъ какъ законодатель лишаетъ этотъ родъ монеты прежняг освоего авторитета и ставитъ его въ то же положеніе, какъ будто онъ его никогда не выпускалъ. Но и къ такой мѣрѣ надлежитъ прибѣгать только въ крайнихъ случаяхъ. Она также можетъ причинить большой вредъ владѣльцамъ отмѣняемаго рода денегъ, а потому необходимо всегда соблюдать въ этомъ случаѣ требованія справедливости: если обстоятельства побуждаютъ государство принести такого рода жертву, то оно должно изъять монету изъ оборота по номинальной цѣнѣ и перечеканить ее. — Въ отношеніяхъ же между частными лицами отмѣненный родъ монеты совершенно теряетъ значеніе денегъ. (i)

B. Металлическая цѣна.

Металлическую денежную цѣну также нельзя считать истиннымъ предметомъ денежнаго обязательства, что станетъ вполнѣ ясно только при изложеніи курсовой цѣны; здѣсь же умѣстно представить лишь нѣкоторыя соображенія противъ значенія металлической цѣны, какъ основанія юридическихъ нормъ.

Не подлежитъ сомнѣнію тотъ важный фактъ, что рядомъ съ металлическими деньгами находятся въ обращеніи и бумажныя и притомъ въ громадныхъ размѣрахъ. Такъ какъ принципъ металлической цѣны въ смыслѣ предмета денежнаго обязательства, безъ сомнѣнія, не приложимъ къ бумажнымъ деньгамъ,—то уже изъ этого очевидно, что онъ односторонень и недостаточенъ для регулированія нашей настоящей денежной системы. Отсюда—необходимость пріискать принципъ настолько общій,чтобы онъ могъ быть примѣненъ одинаково ко всякому роду денегъ.—Не слѣдуетъ также думать, чтобы можно было избѣгнуть указаннаго затрудненія разсмотрѣніемъ обоихъ главныхъ родовъ денегъ въ смыслѣ вполнѣ независимыхъ другъ отъ друга предметовъ, управляемыхъ особыми правилами, — такъ какъ употребительнѣйщій случай состоитъ именно въ томъ, что

(i) Случай такого рода встрѣчается въ L. 102. pr. de solut. (46. 3). Срав. объ этомъ текстѣ Averanius interpret. L. 3 c. 13.— Сверхъ того въ L. 24 § 1 de pign. act. (13. 3) упоминается reprobi numi

обязательства, выраженныя въ металлическихъ цѣнахъ, уплачиваются бумажными деньгами, и наоборотъ. Очевидно, что подобный случай можно разрѣшить только путемъ общаго правила; равно регулирующагося и металлическими и бумажными деньгами.

Другое соображеніе противъ принятія металлической цѣны за общую юридическую норму состоитъ въ томъ, что эта цѣна приложима, собственно говоря, только къ займу, а не ко всѣмъ обязательствамъ вообще. При займѣ есть еще разумное основаніе утверждать, что должникъ обязанъ возвратить столько же на вѣсъ золота или серебра, сколько получилъ, но въ другихъ обязательствахъ, какъ напр., въ куплѣ, не представляется никакого основанія для требованія отъ покупщика въ видѣ обязанности уплаты металлической цѣны, если только уплата не была обусловлена количествомъ монетъ опредѣленнаго рода. Но въ этомъ случаѣ вообще нѣтъ уже чистоденежнаго обязательства и къ нему примѣняется совершенно иное правило (§ 43).

Не безполезно замѣтить, что послѣдствія ошибочнаго смѣшенія истиннаго предмета денежнаго обязательства съ металлическоюцѣною, съ практической точки зрѣнія, весьма ограничены; тогда какъ подобное же смѣшеніе его съ номинальною цѣною можетъ имѣть безчисленныя послѣдствія; поэтому ошибка перваго рода несравненно менѣе опасна, нежели вторая.

С. Курсовая цѣна.

Общая сущность денегъ, какъ мы замѣтили выше (§ 40), состоитъ въ томъ, что онѣ даютъ своему владѣльцу власть пріобрѣтать всякаго рода экономическія цѣнности, — власть, основанную на всеобщемъ признаніи. Отъ этого признанія зависитъ не только считать деньгами то, что безъ этого признанія не имѣло бы такого свойства, но и самая степень денежнаго свойства предмета, т. е. величина придаваемой ему цѣны. Въ этомъ именно и состоитъ природа курсовой цѣны, о которой мы говорили выше (§ 41). Такимъ образомъ, курсовая цѣна должна быть признана истиннымъ масштабомъ денежнаго обязательства: таково прямое слѣдствіе общей природы денегъ.—

Сказанное исключаетъ всякую возможность считать номиналь-

ную или металлическую цѣны основаніемъ для опредѣленія предмета денежнаго обязательства,—и устраняетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, по отношенію къ курсовой, всѣ возраженія, которыя приводились противъ номинальной и металлической цѣнъ.—Въ частности, курсовая цѣна одинаково приложима къ обсужденію денежнаго обязательства; возникло оно первоначально изъ займа мѣстными или иностранными деньгами.

Ближайшее разсмотрѣніе установленнаго правила представляется необходимымъ только въ приложеніи къ тому случаю, когда курсовая цѣна бываетъ различна въ разныхъ мѣстностяхъ; которая изъ мѣстныхъ цѣнъ должна считаться мѣриломъ курса? Если обязательство возникло изъ передачи денежной суммы, какъ при займѣ (т. е. путемъ re), — то по общему правилу, рѣшительнымъ моментомъ является мѣсто полученія, потому что этимъ мѣстомъ измѣряется степень экономической власти, пріобрѣтенной получателемъ суммы денегъ (k). Если же обязательство возникло изъ простой воли сторонъ, какъ въ договорѣ продажи (consensu), то необходимо, по правилу толкованія, опредѣлить тотъ мѣстный курсъ, который стороны имѣли въ виду при заключеніи договора (l).—

Впрочемъ, по мѣрѣ уравненія мѣстныхъ курсовыхъ цѣнъ, значеніе этого вопроса постепенно умаляется.

(k) Если должникъ увозитъ полученныя деньги въ отдаленное мѣсто, гдѣ курсовая ихъ цѣна ниже,—то этотъ ущербъ есть слѣдствіе его доброй воли и вполнѣ чуждъ предшествующей юридической сдѣлкѣ: должникъ могъ на мѣстѣ полученія, превратить деньги въ товары, или же въ деньги, не теряющія курсовую цѣну въ томъ мѣстѣ. — Вопросъ рѣшается совершенно иначе въ томъ чрезвычайно—рѣдкомъ случаѣ, когда мѣсто заключенія договора займа есть только временное мѣстопребываніе сторонъ; напр. когда на водахъ сходятся два земляка, живущіе другъ отъ друга весьма далеко, и заключаютъ договоръ займа деньгами, обращающимися въ ихъ отечествѣ, и которыя должны будутъ расходоваться въ мѣстѣ родины.

(l) Я уже говорилъ объ этомъ подробно въ другомъ мѣстѣ. System. т. 8. § 374.

Для наглядности и лучшаго усвоенія изложенныхъ правилъ, приведемъ нѣсколько примѣровъ.

Положимъ, что въ Австріи заключенъ заемъ во сто гульденовъ старыми банковыми билетами въ то время, когда эти бумажныя деньги стояли въ одной цѣнѣ съ серебряными; если уплата ихъ должна совершиться въ то время, когда банковые билеты (помимо вліянія закона) понизились на четвертую часть прежней цѣны, — то слѣдовало бы, на основаніи указанныхъ правилъ, уплатить банковыми билетами сумму въ четыреста гульденовъ,—такъ какъ только такою уплатою должникъ можетъ возвратить кредитору полученную прежде отъ него экономическую власть.

Далѣе. Въ Пруссіи состоялся заемъ на 400 талеровъ въ грошахъ (т. е. 9600 грошей) въ то время, когда они обращались наравнѣ съ ходячею монетою (§ 40); если платежъ долженъ совершиться въ то время, когда эти гроши стояли въ самой низкой цѣнѣ, то должникъ обязанъ уплатить или четыреста ходячихъ талеровъ, или семьсотъ талеровъ грошами. Въ такомъ только случаѣ онъ возвратитъ кредитору полученную отъ него первоначально экономическую власть, такъ какъ на полученныя имъ деньги могъ тогда сдѣлать такой же оборотъ, какъ теперь на четыреста талеровъ. По этому было бы несправедливо, съ его стороны, примѣнять въ этомъ случаѣ правило металлической цѣны и стараться покрыть платежъ вѣсомъ серебра, равнаго полученному имъ первоначально.

Если въ какой либо странѣ, гдѣ принята система серебряныхъ денегъ, совершился заемъ на золото, безъ ясной оговорки платежа золотомъ,—то должникъ обязанъ будетъ впослѣдствіи возвратить обратно столько серебра, сколько можно было купить его на полученныя имъ золотыя деньги. Пониженіе или возвышеніе лажа въ этотъ промежутокъ времени, не имѣетъ слѣдовательно, вліянія, и ни одна изъ сторонъ не можетъ ни требовать, ни предлагать въ уплату первоначально полученный вѣсъ чистаго золота.

Допустимъ даже, что во всѣхъ приведенныхъ случаяхъ должники могли бы доказать, что они тотчасъ зарыли занятыя деньги и что, слѣдовательно, они возвращаютъ тѣже самыя, какія получили. Это обстоятельство было бы безразлично, такъ какъ

подобное неестественное употребленіе денегъ, назначенныхъ для израсходованія, а не зарытія, могло быть предпринято только совершенно произвольно и на собственный страхъ.

Такимъ образомъ, общее правило для всѣхъ перечисленныхъ случаевъ, при предположеніи системы серебряныхъ денегъ, будетъ состоять въ томъ, что кредитсору должно быть представлено въ уплату только чистаго серебра, сколько онъ далъ его первоначально должнику въ видѣ займа.—Напротивъ, въ странахъ, гдѣ принята система золотыхъ денегъ, кредитору должно быть доставлено въ уплату столько чистаго золота, сколько могъ купить его должникъ на данныя ему взаймы деньги,—все равно было-ли это золото, серебро или бумажныя деньги.

Не безполезно сдѣлать еще одно спеціальное замѣчаніе о довольно частомъ измѣненіи монетной пробы (§ 40), обыкновенно состоящемъ въ переходѣ къ низшей, но не высшей пробѣ. — Это обстоятельство, строго говоря, не составляетъ существеннаго измѣненія денежной системы и не можетъ служить поводомъ къ сомнѣнію въ истинности установленныхъ нами правилъ или къ иному ихъ пониманію.

Все различіе здѣсь въ томъ, что выраженія: талеръ или гульденъ—будутъ обозначать теперь не то, что прежде, а нѣчто другое; слѣдовательно необходимо только избѣгать ошибочнаго предположенія, что сотнею новыхъ талеровъ можно уплатить заемъ во сто прежнихъ талеровъ. Въ силу такого измѣненія въ монетной пробѣ, должнику, получившему сто талеровъ, слѣдовало бы, послѣ перехода отъ 20 къ 21 гульденной пробѣ (какъ въ 1840 г. въ Саксоніи), уплатить сто пять талеровъ (т. е. прежнюю сумму съ прибавкою пяти процентовъ); точно также онъ долженъ былъ бы уплатить 49 гульденовъ вмѣсто 48 послѣ перехода отъ 24 къ $24^1/_2$ гульденной пробѣ въ Южной Германіи въ 1838 г. (§ 40).

Здѣсь необходимо обратить вниманіе еще на одно особенное обстоятельство, которое, повидимому, доказываетъ, что установленное нами правило не вполнѣ удовлетворительно. По большей части пониженіе монетной пробы не есть мѣра безусловно произвольная; она вызывается тѣмъ фактомъ, что къ полноцѣнной монетѣ, находящейся въ обращеніи, постепенно примѣшивается много малоцѣнной, не имѣющей за-

конной пробы. Въ такихъ случаяхъ слѣдуетъ опредѣлить существовавшія измѣненія монетной пробы, среднюю курсовую цѣну обращающихся въ странѣ денегъ, и тогда окажется, что уплата прежнихъ долговъ должна производиться нѣсколько меньшимъ количествомъ талеровъ, чѣмъ по установленному выше правилу.

Такъ и случилось въ Саксоніи, вслѣдствіе новѣйшаго измѣненія монетной пробы. Въ силу изложенныхъ выше соображеній, въ этомъ случаѣ, послѣ измѣненія монетной пробы, слѣдовало бы ожидать для прежнихъ долговъ надбавки 5 процентовъ. Но законъ понизилъ эту надбавку на $2^{7}/_{9}$ процента на сто (m), имѣя въ виду среднее пониженіе находившихся прежде въ оборотѣ цѣнъ. Подобный законъ не слѣдуетъ смѣшивать съ упомянутыми выше законами о вынужденномъ курсѣ, которые мы порицали. Онъ имѣетъ, скорѣе, чисто-посредническій характеръ, свободный отъ всякаго порицанія. Онъ предполагаетъ установленное нами правило и опредѣляетъ только, какова была, въ силу наступившихъ обстоятельствъ, курсовая цѣна бывшихъ въ оборотѣ денегъ, слѣдовательно облегчаетъ для частныхъ лицъ регулированіе ихъ денежныхъ отношеній. Безъ посредничества такого закона, въ подобныхъ случаяхъ, едва-ли можно было бы разсчитывать на правильныя и однообразныя рѣшенія судей.—Въ южной Германіи, насколько мнѣ извѣстно, при уплатѣ долговъ не обращали вниманія на измѣненіе въ монетной пробѣ, по весьма разумному основанію. Въ самомъ дѣлѣ измѣненіе это имѣло цѣлью установить фактъ предшествовавшаго ему пониженія $24^{1}/_{2}$ гульденной пробы, вслѣдствіе преобладающаго количества малоцѣнныхъ кронеталеровъ; но здѣсь фактъ этотъ несомнѣнно доказывался уже тѣмъ обстоятельствомъ, что прусскія деньги съ давняго времени имѣли цѣну гораздо выше номинальной во всѣхъ странахъ, гдѣ господствующею монетою были эти талеры.

Теперь я возвращаюсь къ замѣчанію, которое еще въ началѣ параграфа было положено мною въ основаніе из-

---

(m) Hoffman Zeichen der Zeit стр. 15—17.

слѣдованія о юридическихъ нормахъ, именно, что здѣсь мы вообще имѣемъ дѣло съ толкованіемъ юридическихъ сдѣлокъ, т. е. съ раскрытіемъ истинной и дѣйствительной воли сторонъ.

Я полагаю, что тотъ именно способъ и ведетъ къ убѣжденію въ истинности установленныхъ нами юридическихъ правилъ. Справедливость такого положенія можетъ быть доказано съ двухъ различныхъ точекъ зрѣнія.

Во 1-хъ, изъ него слѣдуетъ, что при обсужденіи обязательствъ, имѣющихъ своимъ предметомъ деньги, примѣненіе къ нимъ правилъ курсовой, а не металической и тѣмъ менѣе номинальной цѣнъ—будетъ сообразно истинной волѣ сторонъ. Конечно, весьма немногіе, при заключеніи обязательствъ, представляютъ себѣ ясное различіе между этими цѣнами. Но если имъ выяснить его со всѣми послѣдствіями, то они всегда выскажутся за курсовую цѣну. — Впрочемъ можетъ случиться, что въ нѣкоторыхъ весьма рѣдкихъ случаяхъ у сторонъ будетъ и другое намѣреніе: тогда они могутъ обусловить его въ особомъ договорѣ, который и будетъ имѣть силу (§ 43).

Во 2-хъ, положеніе мое ведетъ еще къ признанію, что курсовая цѣна должна быть опредѣляема по волѣ сторонъ, въ томъ смыслѣ, какъ это указано было выше: т. е. необходимо принимать за неизмѣнное мѣрило для сравненія цѣну драгоцѣннаго металла (слѣдовательно, серебро при системѣ серебряныхъ денегъ), а не другую какую либо цѣну, напр. зерна или труда (§ 41).

Что именно такъ слѣдуетъ понимать истинную волю сторонъ—несомнѣнно доказывается, по моему, двумя основаніями, во 1-хъ тѣмъ, что при заключеніи денежной сдѣлки, всякій думаетъ о деньгахъ въ смыслѣ монеты и о благородномъ металлѣ, служащемъ основаніемъ денежной системы; во 2-хъ тѣмъ, что при вступленіи въ денежную сдѣлку стороны всегда назначаютъ для окончанія ея столь умѣренные сроки, въ которые не можетъ произойти замѣтнаго колебанія въ цѣнахъ драгоцѣнныхъ металловъ.

Разсматривая, наконецъ и чисто-практическія послѣдствія изложенныхъ юридическихъ правилъ, мы не найдемъ, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, ни малѣйшаго повода къ не-

доразумѣнію, а на тѣ рѣдкіе случаи, когда возможно натолкнуться на нѣкоторое недоразумѣніе, я укажу немедленно.

Иногда случается, что уплата по займу должна послѣдовать по истеченіи весьма долгаго срока (напр., по прошествіи столѣтій). Въ этотъ долгій промежутокъ времени могутъ совершиться значительныя измѣненія въ цѣнѣ драгоцѣнныхъ металловъ, такъ что кредиторъ, въ день уплаты, можетъ получить, меньшую экономическую власть сравнительно съ предоставленной имъ должнику при заключеніи займа. Но это измѣненіе, совершилось, конечно, постепенно; а потому кредиторъ, слѣдя сколько нибудь внимательно за измѣненіемъ денежныхъ отношеній, могъ бы предъявить свою претензію и такимъ образомъ предотвратить убытки. Если же онъ этого не сдѣлалъ, то подчинился имъ добровольно.

Подобное послѣдствіе наступаетъ и при безсрочныхъ денежныхъ рентахъ, учрежденныхъ съ давняго времени. Здѣсь почти нѣтъ возможности предъявленія претензіи, которое могло бы предотвратить убытки и поэтому приходится ихъ нести какъ неизбѣжное несчастіе; они выражаютъ только опасность, лежащую въ самой природѣ этой юридической сдѣлки.

§ 43.

IV. Объектъ обязательства. Удовлетвореніе опредѣленное и неопредѣленное.—Деньги. Юридическія нормы. (Продолженіе).

Изложенныя (§ 42) юридическія нормы предполагаютъ чистыя денежныя обязательства, т. е. долги, имѣющіе предметомъ деньги.

Рядомъ съ послѣдними стоятъ случаи, въ которыхъ рѣчь идетъ также о деньгахъ, но нѣсколько въ иномъ смыслѣ; вслѣдствіе чего и самыя нормы или становятся непримѣнимыми, или требуютъ измѣненій.

Такъ, во первыхъ, на деньги можно смотрѣть, какъ на вся-

кую другую часть собственности, т. е. безъ отношенія къ ихъ особенному свойству въ смыслѣ квантитета. Въ такомъ значеніи деньги являются предметомъ многихъ договоровъ (каковы ссуда, поклажа), виндикаціи, давности, кражи. Но большая часть этихъ юридическихъ отношеній вполнѣ осуществима только подъ условіемъ сообщенія деньгамъ, въ силу произвольной ихъ связи съ другими вещами, индивидуальной разпознаваемости, которой они сами по себѣ не имѣютъ, напр. вслѣдствіе помѣщенія ихъ въ свертки или пакетъ. Отличительный характеръ денегъ, влекущій за собою приложеніе изложенныхъ выше юридическихъ нормъ, выступаетъ въ этихъ случаяхъ только, когда рѣчь идетъ о вознагражденіи за вещи, не оказавшіяся на лицо.

Еще большее уклоненіе отъ природы денегъ представляетъ случай, когда денежныя единицы трактуются, въ смыслѣ товара, что бываетъ при собираніи монетъ для научной коллекціи, скупкѣ иностранныхъ или вышедшихъ изъ употребленія монетъ для расплавки и т. д.

Изложенныя юридическія нормы не принадлежатъ къ числу абсолютныхъ; онѣ имѣютъ значеніе только относительное — т. е. отъ воли сторонъ зависитъ вступать въ договоры, уклоняющіеся отъ этихъ правилъ, или противные имъ.

Такъ не подлежитъ никакому сомнѣнію, что заемъ, совершенный бумажными деньгами, можетъ быть по уговору уплаченъ равнымъ количествомъ талеровъ или гульденовъ въ формѣ такихъ же бумажныхъ денегъ, не смотря на то, будетъ ли ихъ курсовая цѣна одинакова или различна,—обстоятельство, которое должно бы имѣть рѣшительное значеніе, съ точки зрѣнія изложенныхъ выше правилъ.—Подобнаго рода договоръ заключаетъ въ себѣ спекуляцію о возвышеніи и пониженіи курса,—спекуляцію, дозволенную, какъ и другія рискованныя сдѣлки.

Далѣе, можно представить себѣ заемъ во сто гульденовъ бумажными деньгами, курсовая цѣна которыхъ составляетъ только половину курсовой цѣны (соотвѣтствующей имъ металлическихъ денегъ, съ условіемъ — возвратить—сто гульденовъ металлическими деньгами. Этотъ договоръ представляетъ полное тождество съ договоромъ о займѣ пятидесяти гульденовъ металлическою монетою, за который надо уплатить сто гульде-

новъ. Излишекъ въ пятьдесятъ гульденовъ ни въ какомъ случаѣ не слѣдуетъ считать долгомъ, вытекающимъ изъ займа (a); въ сущности онъ выражаетъ собою проценты и въ данномъ случаѣ въ высшей степени лихвенные, со всѣми ихъ послѣдствіями.

Весьма часто встрѣчаются юридическія сдѣлки, въ которыхъ предметъ долга выражается не суммою денегъ вообще, съ обычнымъ обозначеніемъ ея въ талерахъ или гульденахъ, но опредѣленнымъ родомъ монеты, напр. сто талеровъ монетою въ 1 талеръ. Въ этомъ случаѣ необходимо прежде всего истолковать договоръ, т. е. раскрыть истинное намѣреніе сторонъ. Часто подобныя сдѣлки имѣютъ цѣлью просто обозначить монетную пробу или предотвратить платежъ малоцѣннымъ или сомнительнымъ родомъ денегъ (наприм. бумажными деньгами).— При такомъ ясномъ обозначеніи рода монеты, бывшаго въ намѣреніи сторонъ, должникъ, разумѣется, безусловно обязанъ совершить платежъ опредѣленнымъ родомъ.

Но кромѣ указанныхъ могутъ встрѣтитьсд еще слѣдующіе, случаи, также требующіе подробнаго разсмотрѣнія.

Возможно существованіе многихъ родовъ денегъ съ одинаковымъ названіемъ. Такъ если обѣщано сто дукатовъ, то подъ ними можно разумѣть и австрійскіе и голландскіе дукаты. Если въ данномъ мѣстѣ или странѣ находится въ оборотѣ одинъ родъ дукатовъ исключительно или преимущественно, то въ договорѣ слѣдуетъ понимать эти именно дукаты. При равномѣрномъ обращеніи обоихъ родовъ, долгъ слѣдуетъ считать генерическимъ (§ 39); тогда должникъ имѣетъ право выбора между обоими, слѣдовательно, можетъ даже выбрать худшій родъ (b).

Сюда же относится случай, весьма часто встрѣчающійся въ странахъ, гдѣ монетною единицею служитъ талеръ; онъ состоитъ въ обѣщаніи уплатить извѣстную сумму талерами, съ прибавкою „золотомъ“. Такой договоръ всегда обозначаетъ платежъ пистолями, содержащими каждый по пяти талеровъ,

---

(a) L. 17 pr. de pactis (2. 14), L. 11 § 1 de reb. cred. (12. 1).
(b) L. 34, L. 114 de R. J. (50. 17).

такъ что „тысячу талеровъ золотомъ“ значитъ „двѣсти пистолей“. Но такъ какъ существуетъ нѣсколько родовъ пистолей (§ 40), то выборъ между ними совершается на основаніи изложенныхъ выше принциповъ (прим. b). Въ странахъ, гдѣ чеканятся пистоли, подъ послѣдними всегда слѣдуетъ понимать туземные пистоли; такъ, напр. въ Пруссіи—фридрихсдоръ (c).— Въ этихъ случаяхъ было бы несправедливо обращать вниманіе на курсовую цѣну золота (сравнительно съ серебромъ),— такъ какъ намѣреніе сторонъ, принявшихъ золото за основаніе своего договора, состояло, безъ сомнѣнія въ томъ, чтобы возрастающая или понижающая цѣна золота (лажъ къ серебру, обращалась бы въ пользу той или другой стороны.

Но если родъ денегъ, обозначенный въ юридической сдѣлкѣ, исчезъ изъ оборота и, слѣдовательно, не можетъ быть представленъ, то нѣтъ другаго исхода, какъ остановиться на курсовой цѣнѣ, которую имѣли эти деньги въ моментъ заключенія сдѣлки. При невозможности опредѣлить курсовую цѣну за давностью времени, слѣдуетъ принять за основаніе металическую цѣну изчезнувшихъ денегъ, такъ какъ послѣдняя не должна, конечно, отличаться отъ старой курсовой, а, быть можетъ, и вовсе не отличается (§ 42). — Лейзеръ разсказываетъ по этому поводу слѣдующій, нѣсколько странный случай. Во время Карла V производилось дѣло о взысканіи по весьма старинной долговой записи 20,000 шликенталеровъ. Но такихъ талеровъ уже не было въ обращеніи; новыхъ также не могло появиться, потому что графы фонъ-Шликъ отказались отъ права чекана въ пользу Богемской короны. Должникъ, будучи въ столь-критическомъ положеніи, обратился къ императору, который разрѣшилъ затрудненіе дозволеніемъ графамъ фонъ-Шликъ еще разъ воспользоваться прежнимъ правомъ и отчеканить 20,000 талеровъ (d).—Другіе ученые

(c) Allg. L. R. I. 11 § 781.

(d) Leyser Sp. 529 med. 21. Самъ онъ рѣшаетъ юридическій вопросъ правильно, ссылаясь, весьма основательно, на L. 71 § 3 de leg. 1 (30. un.). Я склоняюсь къ такому мнѣнію не только въ случаѣ полнаго исчезновенія извѣстнаго рода денегъ, но и когда этотъ родъ сталъ такъ рѣдокъ, что добываніе его сопряжено съ

считаютъ этотъ разсказъ чистою баснею, на томъ разумномъ основаніи, что графы фонъ-Шликъ въ 1518 г. только начали чеканить монету, а потому во время имп. Карла V не могло быть и рѣчи ни объ исчезновеніи шликенталеровъ, ни о весьма древней записи на эту монету.

§ 44.

IV. Объектъ обязательства. Удовлетвореніе опредѣленное и неопредѣленное.—Деньги. Сужденія римлянъ.

До сихъ поръ мы изслѣдовали юридическія нормы съ точки зрѣнія общей природы денегъ, безъ отношенія къ источникамъ нашего общаго права. Теперь разсмотримъ правила, существовавшія по интересующему насъ вопросу у Римлянъ. Но въ этомъ отношеніи, мы должны питать весьма ограниченныя надежды и заранѣе признать полную невозможность отыскать у Римлянъ какія-либо удовлетворительныя и точныя руководящія идеи.

Римлянамъ не доставало не только того разнообразнаго опыта многихъ народовъ, которымъ мы пользуемся въ теченіи цѣлыхъ вѣковъ; имъ неизвѣстны были также и два важнѣйшіе элемента нашей денежной системы: бумажныя деньги и широкій всемірный рынокъ, обусловливающіе, главнымъ образомъ, извѣстное и важное значеніе курсовой цѣны.

Но указанія, находящіяся въ римскомъ правѣ, стоятъ ниже и этихъ умѣренныхъ ожиданій; или, лучше сказать, они ничтожны. Въ самомъ дѣлѣ попытки многихъ ученыхъ почерпать аргументы изъ текстовъ римскаго права въ пользу сво-

---

спеціесталерами, весьма часто встрѣчающимися въ древнихъ договорахъ. Въ самомъ дѣлѣ, стороны вовсе не желали, чтобы столь случайное и непредвидѣнное въ моментъ заключенія договора обстоятельство приносило кредитору такія несоразмѣрныя выгоды. Это мнѣніе подтверждается слѣдующими словами L. 71 cit: „vel immensum pretium ejus rei petere adfirmet.“

ихъ мнѣній основаны на томъ способѣ произвольнаго толкованія, которое вноситъ въ текстъ именно то, что нужно доказать.

Приведу по порядку тексты, которыми пользовались по поводу нашего вопроса.

I. L. 99 .de solut. (46. 3) Creditorem non esse cogendum in aliam formam numos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit (a).

По чтенію Флорентины: Debitorem, и если держаться такого чтенія, одобряемаго многими учеными, — то и самый текстъ окажется, даже повидимому, не относящимся къ нашему вопросу. Тогда смыслъ его будетъ таковъ: въ случаѣ договора займа должникъ не можетъ быть принужденъ къ принятію, съ ущербомъ для себя, никакихъ другихъ денегъ, кромѣ обѣщанныхъ.—Но такой смыслъ юридически не возможенъ: онъ предполагаетъ, будто должникъ можетъ быть принужденъ принять обѣщанныя деньги, и даже всякія другія безъ ущерба для себя, что не справедливо: должникъ можетъ вообще отказаться отъ принятія ихъ просто потому, что раздумалъ, или потому, что удовлетворилъ своей потребности другимъ способомъ. Такое право должника видно уже изъ того, что, вовсякомъ случаѣ, онъ можетъ, по полученіи денегъ, увѣдомить кредитора о своемъ желаніи уплатить, произвести дѣйствительную уплату и тѣмъ лишать всякаго значенія предшествовавшій моментъ—полученіе денегъ.

Вотъ почему надо отдать преимущество чтенію: Creditorem, находящемуся въ Вульгатѣ и у Галоандера и тогда текстъ слѣдуетъ отнести къ уплатѣ и онъ долженъ (или покрайней мѣрѣ долженъ бы) служить отвѣтомъ на нашъ вопросъ: кредиторъ не обязанъ брать деньги худшія, сравнительно съ отданными первоначально. Въ дѣйствительности выраженія текста на столько неопредѣленны, что они и этого даже не говорятъ. Въ самомъ дѣлѣ: что значитъ aliam formam? Оно могло означать различный родъ металла (золото или серебро) (c), или же измѣненіе въ вѣсѣ, при новой монетной пробѣ.

(a) Срав. Vangerow., стр. 32. и указанныхъ имъ авторовъ

(b) L. 30 de reb. cred. (12. 1), L. 4 quae res pign. (20 3), L. 9 § 1, L. 11 pr. qui pot. (20. 4).

(c) Такъ понимаютъ текстъ Cujacius in L. 59 de V. O. (Comm. in tit. D. de V. O.).

Далѣе: что значитъ aliam formam? Относится-ли предполагаемая здѣсь eadem forma къ деньгамъ, полученнымъ первоначально (т. е. къ займу) или къ обѣщанному извѣстному роду монеты? Все здѣсь неясно, и единственное, что можно съ большею вѣроятностью извлечь изъ этого текста состоитъ въ томъ, что Павелъ не желалъ, чтобы кредиторъ терпѣлъ какія либо несправедливости. Только подобный выводъ, по нашему мнѣнію, можно назвать согласнымъ съ текстомъ.

II. L. 1. de contr. emt (18. 1) ..electa materia est, cujus publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret.

Едва-ли можно предполагать, чтобы этотъ текстъ содержалъ въ себѣ рѣшеніе нашего вопроса.—Онъ толкуется въ такомъ смыслѣ только потому, что слову quantitas придаютъ значеніе номинальной цѣны, опредѣленной верховной властью (d); за тѣмъ достаточно сдѣлать еще маленькій шагъ въ этомъ направленіи, и видѣть въ текстѣ принудительный курсъ номинальной цѣны; тогда, дѣйствительно, текстъ даетъ отвѣтъ на нашъ вопросъ; но мы должны помнить, что отвѣтъ этотъ даетъ намъ не Павелъ, а мы сами ввели его въ текстъ. Въ самомъ дѣлѣ весьма вѣрное объясненіе Павла о сущности денегъ примѣнимо и къ тому случаю, гдѣ мы не считаемъ судью обязаннымъ держаться номинальной цѣны.

III. L. C. de vet. numism. pot. (11, 10) (e). Solidos veterum principum veneratione formatos, ita tradi ac suscipi ab ementibus et distrahentibus jubemus, ut nihil omnino refragationis oriatur, modo ut debiti ponderis sint et speciei probae: scituris universis qui aliter fecerint, haud leviter in se vindicandum.

Этотъ законъ дѣйствительно установляетъ принудительный курсъ и даже подъ страхомъ наказанія, чего нѣтъ въ подобныхъ же случаяхъ новаго времени. Но онъ вовсе не содер-

---

(d) Mees de vi mutatae monetae p. 39—42.

(e) Текстъ принадлежитъ императорамъ Валентиніану и Валенту. Важные и параллельные ему: Paulus V. 25 § 1. L. un C. Th. si quis sol. (9. 22). съ комментаріемъ И. Готофреда, наконецъ Nov. Valent. Tit. 14 ed. Haenel (Theod. 25 ed. Rittersh.)

житъ въ себѣ общаго принципа принудительнаго курса, имѣющаго цѣлью поддержать всякую номинальную цѣну, въ особенности ввести въ обращеніе вновь отчеканенную монету; онъ ограничивается только предписаніемъ по поводу одного частнаго случая, который не можетъ повториться у насъ въ той же формѣ. Онъ предполагаетъ, что извѣстныя лица, по капризу или изъ убѣжденія, не желали принимать золотыя монеты, выпущенныя прежними императорами, и имѣющія надлежащій вѣсъ; и вотъ законъ установляетъ обязательный ихъ пріемъ подъ страхомъ наказанія. Что законъ этотъ не имѣлъ другой цѣли, и въ особенности финансовой, видно изъ справедливаго исключенія, допущеннаго въ немъ, относительно неполновѣсныхъ монетъ, слѣдовательно, утратившихъ вѣсъ или обрѣзанныхъ. Текстъ этотъ признаетъ металлическую цѣну, которая въ подобныхъ случаяхъ, всегда почти будетъ совпадать съ курсовой.

IV. L. 2. C. de vet. numism. pot. (11. 10) (f). Pro imminutione, quae in aestimatione solidi forte tractatur, omnium quoque pretia specierum decrescere oportet.

Трудно представить себѣ тѣ произвольныя и натянутыя объясненія, которыя давались этому тексту.—Рѣшительнымъ представляется здѣсь значеніе выраженія species.

Species означаетъ, между прочимъ, квантитетъ какихъ либо вещей, кромѣ денегъ, въ частности зерна или растеній, и можетъ быть употребляемо вообще въ смыслѣ товара (g). При такомъ значеніи этого слова, текстъ будетъ выражать, что при пониженіи цѣны золотыхъ денегъ (вслѣдствіе пониженія монетной пробы) должно совершиться и соразмѣрное положеніе въ номинальной цѣнѣ товаровъ. Но это совершенная нелѣпость, такъ какъ послѣдствія должны быть прямо противоположныя, а потому не лучше ли понимать его слѣдующимъ образомъ:

(f) Принадлежитъ тѣмъ-же императорамъ, какъ и предыдущемѣсто и относится безъ сомнѣнія къ 367 г. J. Gothofredi chronologia p. LXXX.

(g) L. 26 C. de usuris (4. 32) „..vel specierum foenori dationibus.“ — L. 16 § 7 de publicanis (39. 4).

номинальная цѣна товара должна оставаться неизмѣнною, и продавецъ получаетъ столько же золотыхъ монетъ, какъ и прежде, но только меньше золота по вѣсу. Но тогда законъ давалъ бы неосуществимое предписаніе относительно цѣны.—По обоимъ объясненіямъ, во всякомъ случаѣ въ законѣ не содержится отвѣта на нашъ юридическій вопросъ объ истинной цѣнѣ денегъ и объ юридическихъ правилахъ уплаты денежныхъ долговъ. (h)

Но species имѣетъ еще другое значеніе; оно означаетъ и роды денегъ (i). Тогда законъ получаетъ слѣдующій простой и естественный смыслъ. Когда узаконяется чеканка солида по низшей пробѣ, тогда то же пониженіе должно быть распространено и на прочіе роды денегъ; слѣдовательно пониженіе это представляется общимъ измѣненіемъ всѣхъ сортовъ денегъ, такъ что ихъ взаимное отношеніе остается неизмѣннымъ (k). — При подобномъ толкованіи, законъ имѣетъ тотъ смыслъ, что законодательное уменьшеніе солида должно всегда считаться общимъ пониженіемъ монетной пробы и въ этомъ же смыслѣ должно приводиться въ исполненіе; слѣдовательно этотолько инструкція монетному двору, а потому не имѣетъ никакой связи съ нашимъ юридическимъ вопросомъ.

Можно было бы сослаться въ опроверженіе сказаннаго на практику свободной республики. Когда въ началѣ шестаго вѣка, въ короткое время, монетная проба бронзовыхъ денегъ была понижена

(h) Куяцій силится найти въ законѣ признаніе номинальной цѣны при уплатѣ долговъ (въ Comm. на tres libros, на этотъ текстъ, и въ Comm. къ tit. D. de V. O. на L. 59 de V. O..)—Еще болѣе натянуто объясненіе Готофреда, признающаго безъ всякаго основанія измѣненіе вѣса (фунта, а не денегъ) (По поводу L. 13 C. Th. de suscept. 12. 6 и еще подробнѣе въ особомъ разсужденіи по поводу L. 1. C. Th. de obl. vot. 7. 24. T. 2. Cod. Th. p. 461—467. Это невѣрное толкованіе, которое слѣдуетъ всецѣло отвергнуть, стоитъ въ связи съ трудно объяснимымъ) и испорченнымъ закономъ въ L. 1 C. Th. de ponderat. (12. 7.), о которомъ срав. Naudet changemens de l'admin.de l'empire Romain T. 2 p. 311. 312.

(i) L. 78 § 1 de her. inst. (28. 5) „numis Titio legatis, numorum specie non demonstrata."

(k) Срав. Hotomani quaest. ill. Qu. 15 in f. — Съ нимъ отчасти согласенъ и Bynkerschoek observ, II. 22.

на $^1/_6$, $^1/_{12}$, $^1/_{24}$ прежней цѣны (l), то прежніе долги могли быть уплачиваемы по номинальной цѣнѣ новыхъ денегъ, имѣвшихъ низшую пробу (слѣдовательно по принудительному курсу.)— Но желающему видѣть въ этой, между прочимъ, весьма произвольной процедурѣ, выраженіе какого либо юридическаго правила,—слѣдовало бы также попытаться открыть такое же и въ novae tabulae, появившихся впослѣдствіи,—формулировать которое было бы трудно.

Гораздо поучительнѣе для насъ одинъ текстъ каноническаго права, который хотя также не установляетъ общаго правила, но даетъ твердые принципы для руководства въ одномъ частномъ случаѣ (m). Одинъ древній налогъ простирался до 3 dinarii papienses, которые тогда составляли 9 dinarii lucenses. Но впослѣдствіи dinarius lucensis палъ на $^3/_5$ или $^3/_6$ своей первоначальной стоимости (вѣроятно вслѣдствіе измѣненія монетной пробы). Папа рѣшилъ, что должникъ обязанъ впредь уплачивать или 3 dinarii papienses (стоимость которыхъ неизмѣнилась) или извѣстное количество dinarii lucenses, соотвѣтственно ихъ настоящей цѣнѣ (слѣдовательно, въ нѣсколько большемъ числѣ).

§ 45.

IV. Объектъ обязательства. Удовлетвореніе опредѣленное и неопредѣленное. Литература.

Теперь я постараюсь очертить отношеніе нашихъ ученыхъ къ интересующему насъ вопросу (a); ихъ можно, по большей части, разбить на группы, соотвѣтственно тремъ изложеннымъ выше цѣнамъ; поставить особнякомъ прійдется только тѣхъ,

---

(l) Plinius hist. nat. XXXIII. 13.

(m) C. 20 X. de cens. (.3 39). Срав. менѣе опредѣленную. C. 26 X. eod.

(a) Многіе ученые приведены у Глюка Pandekten T. 12 § 783 и у Гуфеланда., стр. 38.

мнѣніе которыхъ или совершенно неясно, или двусмысленно, или нерѣшительно.

I. Защитники номинальной цѣны, какъ предмета денежнаго обязательства. Практическое значеніе этого мнѣнія состоитъ въ томъ, что судья долженъ обсуждать всякое денежное обязательство, такъ же какъ если бы номинальная цѣна была возведена закономъ въ принудительный курсъ.

Къ этой категоріи принадлежатъ почти всѣ древнѣйшіе писатели, а именно въ указанныхъ выше мѣстахъ. (§ 44. h).

Изъ позднѣйшихъ сюда же причисляются:

Branchu observ. decas. 2 C. 14. Въ сомнѣніяхъ относительно несправедливости послѣдствій онъ утѣшается мыслью, что правительство, выпускающее монету, несетъ отвѣтственность за весь вредъ.

Voetius. L. 12. C. 1 Num. 24. Онъ допускаетъ только одно исключеніе въ томъ случаѣ, когда обязанность по договору обусловлена извѣстнымъ количествомъ монетъ опредѣленнаго рода.

Averanii Interpretat. L. 3 C. 11. 12.

Pfeiffer, Practische Ausführungen. т. 1 Num. VII § 4. 6. 8. Онъ ясно отвергаетъ признаніе металлической и курсовой цѣнъ.

Vangerow, стр. 33.

Къ этой же категоріи можно причислить Pothier и Merlin, о которыхъ мы скажемъ ниже (§ 47), при разсмотрѣніи французскаго права, такъ какъ эти писатели основываютъ свои взгляды на общемъ правѣ.

II. Защитники металлической цѣны.

Теорія этихъ ученыхъ представляется рѣшительнымъ возраженіемъ противъ признанія номинальной цѣны, и въ этомъ только смыслѣ мы можемъ съ нею согласиться. Главная причина не признанія этими писателями (именно Пухтою) курсовой цѣны, заключается въ слѣдующемъ недоразумѣніи. Извѣстный родъ денегъ можетъ состоять въ различныхъ отношеніяхъ къ цѣнѣ товаровъ; но это обстоятельство не должно приниматься въ разсчетъ при обсужденіи денежнаго обязательства (§41) потому, что измѣняющаяся цѣна всякаго товара зависитъ отъ особыхъ и случайныхъ причинъ. Однако тотъ-же самый родъ монеты находится въ извѣстномъ (могущемъ измѣняться)

отношеніи къ цѣнѣ чистаго серебра; въ этомъ-то, совершенно другомъ отношеніи и состоитъ курсовая цѣна всякаго рода денегъ; она-то и составляетъ истинный принципъ для обсужденія денежныхъ обязательствъ.—Во всякомъ случаѣ, эта теорія можетъ быть примѣнима только къ долгамъ, имѣющимъ предметомъ металлическія деньги, и защитники ея тѣмъ болѣе заслуживаютъ упрека, что прошли полнымъ молчаніемъ бумажныя деньги, для которыхъ они должны были также выставить правило, хотя бы даже первое правило было совершенно вѣрно для металлическихъ денегъ.

Сюда принадлежатъ:

Seger, Opuscula, Num. IV, но съ нѣкоторою тенденціею въ пользу курсовой цѣны. (стр. 177—180).

Gianrinaldo Carli diss. 8, Opere T. 7 Milano 1785. 8. p. 272. 364.

Puchta, Pandekten., 1-te Ausg. (1838.) § 203, 4-te Ausg. § 38. и Vorlesungen. § 38.—Къ прежнимъ общимъ замѣчаніямъ противъ его мнѣнія слѣдуетъ прибавить, что онъ слишкомъ односторонне относится къ весьма простому явленію—измѣненію монетной пробы, тогда какъ это вовсе не единственное и не важнѣйшее примѣненіе, которое можетъ совершиться въ денежной системѣ.

III. Защитники курсовой цѣны.

Betrachtungen über das Recht bei der Bezahlung in veränderten Münzen Braunschweig und Hildesheim 1764. 4 § 47. 66. 68. (неизвѣстнаго автора).

J. G. Dietze. Versuch einer Münzwissenschaftlichen Beantwortung der Fragen: wie ist eine Geldschuld abzutragen? u. s. w. Frankfurt a. M. 1791. 8. (въ особенности же § 32. 36—38. 54—57. 168—172· 239. 240.)

Koch. Forderungen T. 1 § 6—8. Сравни его же Lehrbuch § 456—458.

G. Hufeland über die rechtliche Natur der Geldschulden, neu herausgegeben von A. Hufeland, Stadtgerichtsrath.—Berlin 1851. (Первое изданіе, подъ заглавіемъ: Rechtliches Gutachten über die Entscheidung der durch die Herabwürdigung der Bankozettel in Tyrol entstandenen Rechtsstreitigkeiten 1807, вовсе не было въ продажѣ).

Я не знаю другаго сочиненія объ этомъ предметѣ, въ ко-

торомъ бы излагалась такъ ясно и убѣдительно юридическая природа денежныхъ обязательствъ, какъ въ этомъ. Вотъ почему сынъ уважаемаго ученаго рѣшился, по моей просьбѣ, выпустить его новымъ изданіемъ.

W. C. Mees de vi mutatae monetae in solutionem pecuniae debitae. Roterodami 1838. 8. — Съ перваго взгляда кажется, что авторъ этого весьма поучительнаго сочиненія желаетъ принять за основаніе металлическую цѣну (Cap. 4). На самомъ же дѣлѣ, онъ допускаетъ ее только при благоустроенной, нормальной денежной системѣ. Въ этомъ случаѣ металлическая цѣна вполнѣ совпадаетъ съ курсовою, а потому не можетъ возникнуть никакого юридическаго спора. Напротивъ, во время разстройства монетной системы (in conturbata moneta), которая только можетъ возбудить юридическій споръ и нуждается въ рѣшающемъ его принципѣ, авторъ ясно и рѣшительно принимаетъ за основаніе курсовую цѣну. (Cap. 5 p. 35).

IV. Слѣдующіе ученые, высказались такъ неопредѣленно и нерѣшительно, что не могутъ быть съ достовѣрностью причислены ни къ одной изъ указанныхъ группъ.

Stryk. Lib. 12 Tit. 1 § 12.

Müller ad Struv. Lib. 12 Tit. 1 § 29—33.

Cocceii Lib. 46 Tit. 3 qu. 5. Сначала онъ ясно держится номинальной цѣны, а потомъ допускаетъ исключеніе въ томъ случаѣ, когда кредиторъ имѣетъ противоположный интересъ. Но за исключеніемъ послѣдняго не представляется никакой нужды въ рѣшеніи судьи.

Glück Pandecten T. 12 § 783.

Mühlenbruch. § 375. Сначала примыкаетъ къ Пфейферу, т. е. защищаетъ номинальную цѣну, а потомъ высказывается въ пользу курсовой.

Unterholzner т. 1 § 113—115.

Кому наша теорія представится справедливою, тотъ можетъ найти страннымъ, что большая часть авторовъ держалась противоположнаго взгляда; для убѣжденія въ несомнѣнности нашего ученія необходимо объяснить и это явленіе. По моему мнѣнію, причина его лежитъ не столько въ коренномъ раз-

личіи юридическихъ взглядовъ, какъ въ томъ обстоятельствѣ, что большинство писателей не составило себѣ яснаго и цѣльнаго понятія о предметѣ излагаемыхъ правилъ, а, слѣдовательно, о неюридической сторонѣ монетной системы. Вотъ это-то убѣжденіе и побуждало меня изложить, въ введеніи къ моему ученію, послѣднюю сторону предмета подробнѣе, нежели это нужно было, повидимому, въ юридическомъ сочиненіи.

§ 46.

IV. Объектъ обязательства. Удовлетвореніе опредѣленное и неопредѣленное.—Деньги. Прусское право.

Прусское право даетъ самыя разнообразныя опредѣленія относительно денегъ. Общее земское право содержитъ общіе принципы для обсужденія денежныхъ обязательствъ, слѣдовательно, рѣшаетъ по своему, туже задачу, которую и мы пытаемъ разрѣшить, съ болѣе общей точки зрѣнія. Но рядомъ съ нимъ имѣется еще нѣсколько новѣйшихъ законовъ объ особенныхъ видахъ денегъ, и намъ необходимо будетъ въ частности разсмотрѣть: насколько они согласны, или несогласны съ вышеупомянутыми принципами земскаго права.

Для яснаго пониманія послѣднихъ необходимо представить себѣ состояніе нашей монетной системы въ моментъ введенія въ дѣйствіе земскаго права (1794 г.), — состояніе, бывшее предъ глазами его составителей. Собственно денежный оборотъ состоялъ изъ ходячей серебряной монеты четырнадцати талерной пробы, монеты, издавна чеканенной, по закону, въ трехъ формахъ (талеръ, $^1/_3$ и $^1/_6$ талера) и бывшей во всеобщемъ употребленіи. Сверхъ того, существовала еще, съ одной стороны, весьма употребительная золотая монета, фридрихсдоръ съ номинальной цѣною въ пять талеровъ (цѣлый, половинной и двойной), съ другой—размѣнная монета—отчасти биллонная, отчасти мѣдная. Бумажныхъ денегъ еще не было.— Такимъ образомъ, состояніе монетной системы представлялось удовлетворительнымъ. Большихъ недоразумѣній не возникало,

и законодательство могло сохранять своего рода теоретическій характеръ, такъ какъ ему не было еще нужды бороться съ большими практическими затрудненіями и злоупотребленіями.

Единственной слабой стороной нашей монетной системы была размѣнная монета, не столько потому, что количество заключающагося въ ней серебра было ниже номинальной цѣны, сколько потому, что она отчеканена была въ излишнемъ количествѣ, далеко превышавшемъ дѣйствительныя потребности, такъ что во внутренней торговлѣ ее употребляли, по большей части, какъ ходячую монету, даже при весьма значительныхъ платежахъ (§ 40). Тѣмъ не менѣе такое, довольно не нормальное, состояніе не являлось еще дѣйствительнымъ зломъ потому, что въ торговлѣ этотъ родъ монеты принимался, безъ всякихъ затрудненій, по номинальной цѣнѣ. Вотъ почему въ земскомъ правѣ мы не находимъ никакихъ постановленій для предотвращенія возможныхъ вредныхъ послѣдствій этого зла.

Предписанія земскаго права относятся главнымъ образомъ къ займу (a); но въ другомъ мѣстѣ говорится, что они прилагаются также и къ другимъ родамъ денежныхъ обязательствъ (b). Земское право содержитъ въ себѣ слѣдующія предписанія относительно случая, когда въ промежутокъ времени между установленіемъ обязательства и платежемъ его произойдутъ измѣненія въ монетной системѣ. Эти измѣненія могутъ касаться:

I. Курсовой цѣны.

Она можетъ быть, по исключенію, принята во вниманіе въ слѣдующихъ чрезвычайно рѣдкихъ и сравнительно менѣе важныхъ случаяхъ: когда обязательство заключено на иностран-

---

(a) Они находятся въ 11-ой главѣ первой части Земскаго Права. Одно изъ нихъ гласитъ, что всякій заемъ долженъ быть уплачиваемъ тѣмъ же родомъ монеты, какимъ былъ совершенъ. I. 11 § 778. Здѣсь подъ различными родами монетъ разумѣютъ просто различные металлы: такъ заемъ, совершенный на золото, не можетъ быть уплачиваемъ серебромъ, а совершенный на серебро не можетъ быть уплаченъ биллономъ (размѣнной монетой). Указанныя единицы ходячей монеты (талеръ, $^1/_3$, $^1/_6$) очевидно не считаются здѣсь различными родами монеты.

(b) L. R. I. 16 § 82.

ныя деньги, или на деньги, вышедшія изъ обращенія или которыхъ уже достать нельзя (c). За исключеніемъ этихъ случаевъ, а слѣдовательно, по общему правилу, курсовая цѣна не должна быть принимаема въ разсчетъ (d).

Подобное предписаніе, по принципу, нельзя одобрить; такъ какъ природѣ еднегъ свойственно прямо противоположное правило (§ 42). Можно даже положительно утверждать, что у составителей закона не было предъ глазами ни одного случая, для котораго истинное правило имѣло-бы значеніе, и что, слѣдовательно, они не имѣли намѣренія исключать это, хотя по буквѣ закона и можно прійти къ такому выводу. Они имѣли, безъ сомнѣнія, въ виду случаи болѣе второстепенные напр. часто измѣняющійся курсъ золота по отношенію къ серебру; далѣе, легкія и временныя колебанія курса между равно-доброкачественными родами денегъ, наблюдаемыя у мѣнялъ, когда на извѣстный родъ монеты является запросъ въ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ ея мало.

Хотя въ дѣйствительной жизни и не чувствовалась необходимость въ признаніи важности приложенія курсовой цѣны въ смыслѣ допущенія ея (или устраненія), однако необходимость эта могла бы тотчасъ броситься въ глаза при соображеніи, что излишнее множество находящейся въ оборотѣ малоцѣнной размѣнной монеты можетъ привести къ общему паденію ея курса. Это и случилось нѣсколько лѣтъ спустя, правда, вслѣдствіе непредвидѣнной тогда несчастной войны.

II. Въ металлической цѣнѣ.

На эту цѣну было обращено вниманіе только въ единственномъ случаѣ, который самъ по себѣ не представляетъ никакихъ затрудненій: именно при общемъ измѣненіи монетной пробы. Всякій долгъ, возникшій прежде, долженъ быть уплаченъ монетою того же имени, но количество монетныхъ единицъ должно быть увеличено сообразно отношенію, существующему между старою и новою пробою (e). Напротивъ, вовсе неупоминается о томъ случаѣ, когда, при сохраненіи монет-

(c) L. R. I. 11 § 785. 786—788. 789—791.
(d) L. R. I. 11 § 792.
(e) L. R. I. 11 § 787.

ной пробы вообще, чеканится вновь только одинъ родъ монеты съ инымъ вѣсомъ металла, нежели прежде.

III. Въ номинальной цѣнѣ.

Къ ней относится важнѣйшее постановленіе, смыслъ котораго служилъ предметомъ большихъ споровъ. — Этому постановленію непосредственно предшествуетъ приведенное выше — (примѣч. e), состоящее въ томъ, что, если родъ монеты, составлявшій предметъ обязательства, изъятъ изъ обращенія, то уплата должна быть совершена другимъ родомъ монеты, но съ соблюденіемъ разницы между курсовою цѣною въ моментъ заключенія контракта и новою монетою, появившеюся въ моментъ платежа (f). За тѣмъ слѣдуетъ упомянутое предписаніе содержаніе котораго слѣдующее (g):

Если родъ монеты, которымъ передана валюта не изъятъ изъ обращенія, а только пониженъ съ своей высшей цѣны на болѣе низкую, по указу верховной власти, и безъ измѣненія внутренней цѣнности, то уплата должна быть производима и принимаема тѣмъ-же родомъ монеты.

По буквальному смыслу, текстъ говоритъ только, какимъ родомъ монеты совершается платежъ, а не о количествѣ монетныхъ единицъ этого рода. Вотъ почему многіе ученые толковали его въ томъ смыслѣ, что онъ опредѣляетъ только родъ денегъ (т. е. различаетъ золото, серебро, биллонъ, срав. прим. a), — но допускаетъ при этомъ и предполагаетъ, что количество монетныхъ единицъ можетъ быть или то-же самое или другое, смотря потому представляется-ли курсъ этого рода монетъ въ оба момента времени одинаковымъ или различнымъ (h). По такому толкованію, текстъ предписывалъ бы для денегъ, номинальная цѣна которыхъ была понижена, совершенно то же, что и непосредствен-

---

(f) L. R. I. 11 § 788. 789.

(g) L. R. I. 11 § 790.

(h) Изслѣдованіе неизвѣстнаго автора въ Mathis juristischer Monatsschrift. B. 7. Стр. 24—44 (особенно, стр. 41).—Koch Lehrbuch § 457. Прим. 3. 4, гдѣ § 790 неосновательно отождествляется съ однимъ изъ позднѣйшихъ законовъ.—Вѣрный взглядъ на дѣло имѣетъ Bornemann Preus. Recht. т. 3. стр. 167 (2-е изд.).

по предъ этимъ для денегъ, изъятыхъ изъ оборота; сверхъ того, онъ имѣлъ бы смыслъ, вполнѣ согласный съ вышеизложенными правилами.

Но я, тѣмъ не менѣе, считаю такое толкованіе неправильнымъ, и думаю, что оно навязываетъ закону в ѣ р н ы й, н о ч у ж д ы й е м у с м ы с л ъ. — И с т и н н ы й смыслъ закона, скорѣе, таковъ: платежъ долженъ производиться т ѣ м ъ же р о д о м ъ м о н е т ы и в ъ т о м ъ ж е к о л и ч е с т в в ѣ м о н е т ъ, какое было дано первоначально, не принимая въ расчетъ ни измѣненной номинальной цѣны, ни разницы, образовавшейся между курсами того и другаго момента времени. Такимъ обр. если было дано взаймы сто талерныхъ монетъ и впослѣдствіи талеръ (безъ новаго чекана), по волѣ верховной власти, будетъ пониженъ на двѣ трети, то, по § 790, уплата должна совершиться сотнею талерныхъ монетъ, не смотря на курсъ, который однако (по § 788. 789.) былъ бы принятъ во вниманіе, если бы въ этотъ промежутокъ времени талеръ совершенно вышелъ изъ обращенія.—Вотъ доказательства справедливости такого толкованія.

Во первыхъ, законъ, понимаемый въ смыслѣ толкованія нашихъ противниковъ, представляется вполнѣ безсодержательнымъ и лишеннымъ смысла. Въ самомъ дѣлѣ, если кредитору (по ихъ мнѣнію) обезпечивается разница курса, то ему все ровно получать ее тѣмъ или другимъ родомъ монеты; онъ можетъ удовлетвориться серебромъ вмѣсто золота, и даже биллономъ, такъ какъ истинное обезпеченіе курса означаетъ только полученіетакой точно суммы, которая необходима для обмѣна на потребную монету, и для возвращенія, такимъ образомъ, той курсовой цѣны, которую онъ первоначально далъ взаймы должнику.

Во вторыхъ, по толкованію нашихъ противниковъ, деньги съ пониженною номинальною цѣною должны были бы подчиняться тому-же правилу какъ и (упомянутыя непосредственно предъ этимъ) деньги, вышедшія изъ обращенія. Но тогда гораздо проще было бы ясно выразить, что здѣсь примѣняется тоже правило, что и въ предъидущемъ случаѣ, а такъ какъ этого не сказано, то слѣдуетъ предположить, что законодатель желалъ примѣнить здѣсь нѣчто другое.—Однако этотъ аргументъ самъ по себѣ кажется мало убѣдительнымъ, такъ какъ

онъ основывается исключительно на способѣ выраженія мысли, которое случайно можетъ получить ту или другую форму. Но онъ становится особенно силенъ при сравненіи земскаго права съ послѣднимъ проэктомъ кодекса. Проэктъ идетъ тѣмъ же путемъ, какъ и земское право. Онъ подобно послѣднему, постановляетъ, во первыхъ, для денегъ, вышедшихъ изъ оборота, что уплата совершается по расчету курсовой—разницы (i); за тѣмъ о случаѣ пониженія номинальной цѣны онъ говоритъ (k):

Тоже самое имѣетъ мѣсто когда родъ монеты, составлявшей валюту, не вышелъ изъ обращенія, но, по волѣ верховной власти, пониженъ во внѣшней номинальной цѣнѣ.

Сопоставленіе этого текста съ постановленіемъ земскаго права, трактующемъ о томъ же случаѣ, придаетъ большую силу приведенному нами аргументу. Изъ него ясно, что земское право вовсе не желало вводить тоже правило (какое предполагалъ проэктъ), а, напротивъ, совершенно противоположное.

Наконецъ если всѣ эти выставленныя основанія все таки оставляютъ нѣкоторую дозу сомнѣнія относительно истиннаго смысла § 790,—то исторія его происхожденія должна будетъ устранить всякое сомнѣніе. (l).

Противъ приведеннаго нами § 595 проэкта, Госслеръ возражалъ, что внѣшняя цѣна не имѣетъ никакого значенія и есть чистый призракъ; что въ этомъ случаѣ вниманіе заслуживаютъ только вѣсъ и проба (т. е. металическая цѣна). Къ его возраженію примкнулъ и Суарецъ, опровергая § 595 слѣдующимъ образомъ:

„Этотъ § кажется мнѣ неосновательнымъ и несправедливымъ.

(i) Entwurf eines Gesetzbuchs. Th. 2 Tit. 8 § 594.—Этотъ текстъ по буквѣ почти совпадаетъ, а по смыслу вполнѣ согласуется съ L. R. I. 11 § 788. 789.

(k) Entwurf II. 8. § 595 разсматриваетъ тотъ же случай, что и R. L. I. 11 § 790, но рѣшаетъ его въ противоположномъ смыслѣ.

(l) Handschriftliche Materialien Vol. 80 (Revision der monitorum) fol. 247.

Если (послѣ упомянутаго прежде въ видѣ примѣра предположенія) измѣняется не внутренняя цѣна Граумансκихъ денегъ, а только внѣшняя (напр. въ случаѣ пониженія ея на 90 процентовъ), то 100 талеровъ Граумансκихъ будутъ стоить теперь столько же, какъ и 10 лѣтъ тому назадъ, и необходимо допустить что съ ними можно достигнуть тѣхъ же результатовъ, какъ и тогда. Ибо внѣшняя цѣна, придаваемая властью извѣстному роду денегъ, не имѣетъ на pretia rerum никакаго существеннаго вліянія. Если власть теперь говоритъ, что фридрихсдоръ долженъ стоить только $2^1/_2$ талера,—то я непремѣнно куплю на одинъ фридрихсдоръ столько же товара, какъ прежде.“

Согласно этому взгляду, изъ котораго прямо вытекъ § 790, не можетъ быть сомнѣнія, что (какъ я уже упомянулъ выше) пониженіе номинальной цѣны должно оставаться ровно безъ всякаго вліянія; откуда слѣдуетъ, что, по смыслу закона, не только родъ монетъ, но и количество монетныхъ единицъ должно быть тѣмъ же, все равно совершается ли уплата до или послѣ пониженія номинальной цѣны (m). Само собой разумѣется, что, по этому же закону, долженъ обсуждаться и тотъ случай, когда вмѣсто пониженія, власть повыситъ номинальную цѣну: если о немъ прямо не упомянуто, то, повидимому, только потому, что онъ рѣдко встрѣчается.

Я старался сопоставить опредѣленія земскаго права, выражающія его взглядъ на денежныя обязательства, и присоединилъ къ нимъ нѣкоторыя частныя противъ нихъ возраженія. Теперь остается еще замѣтить, что главнѣйшая его ошибка заключается въ невысказанномъ предположеніи, будто измѣненія въ номинальной, металлической и курсовой цѣнахъ всегда со-

---

(m) Въ основаніи сужденія Суареца лежатъ два заблужденія: во 1-хъ, ошибочный взглядъ на курсовую цѣну, которую онъ считаетъ отношеніемъ извѣстнаго рода монеты къ цѣнѣ (весьма измѣняющейся) товаровъ, вмѣсто сравненія ея съ цѣною чистаго серебра, во 2-хъ, онъ полагаетъ, что измѣненіе номинальной цѣны можетъ совершиться только отдѣльно, тогда какъ почти всегда измѣненіе въ одной цѣнѣ связано съ измѣненіемъ другихъ (номинальной, металлической и курсовой). Второе заблужденіе является прямымъ послѣдствіемъ перваго.

вершаются порознь и въ упущеніи вслѣдствіе этого изъ виду случая, когда измѣненія всѣхъ цѣнъ вмѣстѣ находятся въ связи (примѣч. m).

По поводу сдѣланнаго упрека возникаетъ вопросъ: желательно-ли чтобы законодатель, при составленіи кодекса, выставилъ на видъ случаи, изобличающіе существующіе или будущіе недостатки монетной системы своего государства; или же такіе, въ которыхъ чувствительная военная неудача могла-бы причинить замѣшательство во всѣхъ отношеніяхъ? Мы уже говорили выше, что эти именно случаи и влекутъ за собою большое разстройство въ денежной системѣ и даютъ поводъ къ спорамъ и сомнѣніямъ, какихъ не бываетъ въ другое время.— Никто не станетъ добиваться подобныхъ опредѣленій законодательства; но за то, послѣднее не должно содержать въ себѣ и такихъ опредѣленій, которыя, въ подобныхъ плачевныхъ катастрофахъ могутъ повлечь за собою несправедливыя послѣдствія.

Такимъ образомъ, законодатель или совсѣмъ не долженъ ничего постановлять о денежныхъ обязательствахъ, предоставляя все усмотрѣнію судьи и давая ему въ нѣкоторыхъ случаяхъ въ руководство спеціальный законъ,—или долженъ ограничиться установленіемъ самыхъ общихъ и несомнѣнныхъ принциповъ, къ числу которыхъ и принадлежитъ признаніе курсовой цѣны основаніемъ для обсужденія денежныхъ обязательствъ; признаніе это, впрочемъ, должно быть выражено въ такой формѣ, что бы оно не представлялось слишкомъ отвлеченнымъ.

Мнѣніе наше объ опредѣленіяхъ земскаго права подтвердилось первымъ же важнымъ событіемъ, представившимся вскорѣ послѣ приведенія ихъ въ дѣйствіе: гроши, долженствовавшіе служить размѣнною монетою, но выпущенные въ излишнемъ количествѣ, держались въ мирное время, противъ всякаго ожиданія, въ одной цѣнѣ и употреблялись во внутренней торговлѣ наравнѣ съ ходячею монетою даже при уплатахъ большихъ суммъ. Послѣ военной котастрофы 1806 г. они падали все болѣе и болѣе; правительство вынуждено было понизить ихъ сначала на $^2/_3$, потомъ на $^4/_7$ номинальной цѣны, и наконецъ совсѣмъ изъять изъ оборота и перечеканить (§ 40). Въ этотъ

промежутокъ времени возникъ вопросъ: какимъ образомъ слѣдуетъ уплачивать долги, происшедшіе изъ займа этими грошами до ихъ пониженія? Такъ какъ послѣдніе потерпѣли измѣненіе только въ номинальной цѣнѣ, а не во внутренней стоимости, то, по точному смыслу § 790, уплата должна была бы совершаться количествомъ грошей, равнымъ взятому въ займы. Но несправедливость подобнаго заключенія слишкомъ очевидна. Вотъ почему было постановлено, что прежній заемъ въ 24 гроша долженъ былъ уплачиться 36-ю такими же грошами. Если же заемъ совершенъ въ промежутокъ времени, когда гроши стали падать, то слѣдовало также принимать во вниманіе курсъ, господствовавшій во время заключенія займа (n).

Такимъ образомъ, по этому закону, къ дѣлу примѣнялся вѣрный принципъ. Впрочемъ, онъ носилъ названіе о б ъ я с н е н і я (Declaration) къ § 790; но подобнымъ выраженіемъ не слѣдуетъ прельщаться и воображать, что § 790 дѣйствительно имѣлъ такой смыслъ. Законъ этотъ скорѣе отмѣнялъ параграфъ 790, имѣя притомъ обратную силу. Названіе же его „объясненіе § 790“, вслѣдствіе чего новый законъ былъ смѣшанъ въ одно цѣлое съ упомянутымъ текстомъ земскаго права, имѣло двоякое значеніе.

Оно сообщало тексту несомнѣнную обратную силу и праводывало ее; въ тоже время изъ него вытекало, что установляемый принципъ долженъ былъ получить свое приложеніе не только въ данномъ, но и во всѣхъ будущихъ подобныхъ же случаяхъ. И такъ рѣшеніе одного спеціальнаго случая было возведено въ основной элементъ нашего общаго дѣйствующаго законодательства. Такимъ образомъ можно утверждать, что въ этомъ, такъ называемомъ объясненіи содержится, въ видѣ принципа признаніе курсовой цѣны, примѣненіе которой ко всѣмъ возможнымъ въ будущемъ вопросамъ такого-рода должно составлять задачу суда.

(n) Declaration des Allg. L. K. т. 1. тит. 11 § 790. 791. и тит. 16 § 74 отъ 27 Сент. 1808. Neue Edictensammlung т. 12 Berlin 1822. стр.—Сравни таблицы у Mathisa. т. 7 стр. 87 187. 181, которыя относятся къ примѣненію того закона.

Нѣсколько лѣтъ спустя, гроши были понижены до $^1/_7$ ихъ номинальной цѣны, и въ этомъ видѣ имъ сообщенъ обязательный курсъ (o),—который, впрочемъ, не имѣлъ вредныхъ послѣдствій, такъ какъ въ тоже время казначейства вымѣнивали ихъ по этой цѣнѣ, что привело къ полному и скорому ихъ изчезновенію. Всѣ эти переходы причинили значительные убытки большому числу лицъ, въ чемъ упрекали правительство, содѣйствовавшее несчастію чрезмѣрнымъ выпускомъ размѣнной монеты. Впрочемъ если принять во вниманіе что чеканка грошей въ $^2/_3$ ихъ номинальной цѣны была фактомъ общеизвѣстнымъ; и что никто не обязанъ былъ принимать въ уплату размѣнную монету за исключеніемъ ничтожныхъ суммъ (§ 40. q), то упрекъ теряетъ нѣсколько силу.—Всякій, имѣвшій въ виду оба эти обстоятельства, не могъ потерпѣть большихъ убытковъ.

Разсмотрѣнное нами прусское законодательство относится только къ звонкой монетѣ. Что касается бумажныхъ денегъ, то земское право о нихъ вовсе не говоритъ, такъ какъ во время его составленія ихъ не существовало, и даже онѣ не проэктировались.

Напротивъ, цѣнныя бумаги разнаго рода (Geldpapiere) существовали уже и въ то время, каковы: закладные листы (Pfandbriefe), акціи промышленныхъ предпріятій и т. д. Эти цѣнности представляютъ нѣкотораго рода аналогію съ деньгами. Онѣ выражаютъ опредѣленную сумму денегъ, часто даже выдаются на предъявителя и, подобно деньгамъ, подлежатъ курсу, подверженному измѣненіямъ (p). Вотъ почему многіе

(o) Edict отъ 13 Дек. 1811, Gesetzsamml. 1811. стр. 373.

(p) По поводу этихъ бумагъ вопросъ о курсѣ поднимается даже чаще, нежели по поводу денегъ. При нормальномъ состояніи денежной системы никто не говоритъ о курсахъ металическихъ или бумажныхъ денегъ, потому что оба эти рода стоятъ al pari, т. е. сто за сто. Напротивъ у цѣнныхъ бумагъ al pari рѣдкое явленіе; часто онѣ то выше, то ниже al pari, смотря по приносимымъ ими процентамъ и гарантіи.

смѣшиваютъ ихъ съ деньгами и принимаютъ ихъ за послѣднія (q). Но это не вѣрно: сущность и назначеніе этихъ бумагъ совершенно другія. Онѣ вовсе не предназначаются для того, чтобъ служить мѣриломъ цѣны, а еще менѣе—общимъ представителемъ повсемѣстной экономической власти (§ 40);—ихъ назначеніе съ одной стороны соединять капиталы для опредѣленной цѣли, съ другой—служить капиталамъ помѣщеніемъ, приносящимъ проценты.

Ландрехтъ вѣрно смотритъ на цѣнныя бумаги, какъ на чистые квантитеты, подобные зернамъ. Заемъ, сдѣланный цѣнными бумагами, долженъ быть уплаченъ тѣмъ же количествомъ цѣнныхъ бумагъ того же рода, не смотря на разницу курса обоихъ моментовъ времени; курсъ принимается въ разсчетъ только въ случаѣ исчезновенія бумагъ этого рода (r). Слѣдовательно, подобный заемъ заключаетъ въ себѣ родъ спекуляціи о повышеніи и пониженіи курса, хотя бы даже въ томъ или другомъ отдѣльномъ случаѣ стороны вступили въ эту сдѣлку съ иною цѣлью.—Стороны могутъ дать такому займу и другое значеніе, именно, что передаваемыя бумаги должны считаться наличными, отданными въ займы деньгами (по извѣстному курсу); тогда сдѣлка представляетъ смѣсь займа съ куплею; она позволительна, если только не прикрываетъ собою лихвеннаго займа (s).

Бумажныя деньги, въ собственномъ смыслѣ слова, были введены въ 1806 г. и притомъ съ обязательнымъ курсомъ (t).

(q) Нѣкоторые ученые не признаютъ за цѣнными бумагами характера денегъ по совершенно ложному основанію, именно, что имъ не придается обязательнаго курса, какой бываетъ у денегъ. Но мы уже говорили выше (§ 42), что обязательный курсъ не составляетъ существа денегъ. Объ этомъ ошибочномъ мнѣніи мы скажемъ въ слѣдующемъ томѣ, при разсмотрѣніи цѣнныхъ бумагъ на предъявителя.

(r) L. R. I. 11 § 793—795. § 793 гласитъ: „или другія бумаги съ уплатою предъявителю“. На основаніи этого выраженія можно, по видимому, отнести законъ и къ бумажнымъ деньгамъ, появившимся впослѣдствіи; но это было бы грубымъ заблужденіемъ, потому что законодатель о нихъ не думалъ и думать не могъ.

(s) L. R. I. 16 § 84. Срав. выше § 43 a.

(t) Сначала подъ именемъ билетовъ государственнаго казначейства (Tresorscheine), талерныхъ билетовъ (Thalerscheine), нако-

Затѣмъ законодательство колебалось въ этомъ отношеніи нѣкоторое время, справедливо ограничивъ обязательный курсъ многими условіями. Въ 1813 г. обязательный курсъ былъ отмѣненъ на всегда (u). Отмѣна была выражена безусловно и безъ всякихъ подробныхъ опредѣленій, а потому всѣ вопросы, касающіеся бумажныхъ денегъ, заумолчаніемъ о нихъ Ландрехта, были предоставлены усмотрѣнію судьи. При настоящемъ нормальномъ состояніи денежной системы спорныхъ вопросовъ не предвидится.—Но если наступитъ менѣе счастливое время, то, по моему мнѣнію, слѣдовало бы, при обсужденіи обязательствъ, имѣющихъ предметомъ полученіе и передачу бумажныхъ денегъ, принимать въ основаніе курсовую цѣну.

§ 47.

Объектъ обязательства. Удовлетвореніе опредѣленное и неопредѣленное. Деньги. Французское право.

Французское право, при обсужденіи денежныхъ обязательствъ, принимаетъ за безусловное основаніе номинальную цѣну денегъ, представляя въ этомъ отношеніи замѣчательную противоположность съ предписаніями прусскаго Ландрехта (§ 46).

Этотъ принципъ признанъ art. 1895 code civil, въ слѣдующей формѣ:

> L'obligation qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que de la somme numérique, enoncée au contrat.
>
> S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement.

нецъ кассовыхъ ассигновокъ (Kassen-Anweisungen).—Введены 4 февр. 1806 г. Neue Edictensammlung 1806 г., стр. 29.—Срав. позднѣйшій законъ 19 янв. 1813 г. (G. S. p. 6).

(u) Законъ 5 марта 1813 г. (G. S. p. 23).—Впослѣдствіи просто примѣненъ къ кассовымъ ассигновкамъ (G. S. 1824 p. 239).

Если бы существовалъ только одинъ этотъ текстъ, то, пожалуй, можно было бы еще сомнѣваться въ томъ, влечетъ-ли за собою измѣненіе рода монеты, о которомъ упоминается во второй цитатѣ, платежъ количествомъ монетныхъ единицъ, равнымъ по курсу, занятой суммѣ. Замѣчательно. что мы не находимъ никакихъ указаній на эту цитату, въ преніяхъ Государственнаго Совѣта, весьма подробныхъ, въ другихъ отношеніяхъ, точно все здѣсь разумѣется само собою. Ученая литература однако не высказываетъ по этому случаю ни малѣй шаго сомнѣнія.

Во главѣ ея стоитъ Maleville, мнѣніе котораго тѣмъ болѣе важно, что онъ былъ въ числѣ составителей кодекса (a). Онъ говоритъ, что должникъ, заключившій заемъ en pièces de 6 francs, номинальная цѣна которыхъ (безъ новаго чекана), а просто эдиктомъ была повышена до 12 francs, долженъ уплатить половину полученныхъ имъ монетъ. Быть можетъ, это несправедливо, но raison d'état того требуетъ.

Съ этимъ согласенъ Toullier въ двухъ мѣстахъ своего сочиненія (b). Онъ говоритъ: on ne considère dans la monnaie que la valeur qui lui est donnée par le prince de chaque état,

Еще яснѣе и подробнѣе высказывается Merlin (c); но сначало нужно познакомиться съ его терминологіей. Онъ называетъ valeur réelle, или intrinsèque то же, что я называлъ металическою цѣною, valeur numéraire—номинальною (celle qu'il plait au prince de donner aux pièces de monnaie).—Monnaie nominale ou numéraire онъ называетъ монету, служащую единицею счета (напр. livre); monnaie réelle—монету, въ смыслѣ дѣйствительно отчеканенныхъ единицъ (напр. écu, louis). Съ этою терминологіею онъ связываетъ слѣдующія правила. Если заемъ въ 3000 ливровъ (счетная монета) совершается передачею должнику 1000 écus, а впослѣдствіи номинальная цѣна écu высочайшимъ указомъ повышается на 6 ливровъ, то должникъ обязанъ

(a) Maleville analyse raisonnée T. 4 p. 39.
(b) Toullier droit civil T. 6 p. 628, T. 7 p. 73.
(c) Merlin répertoire art. monnaie § I. IV. T. XI. p. 212—237 ed. Paris 1827. 4., и art. prêt § II. T. XIII. (1828) p. 35. Важнѣйшее мѣсто на стр. 228 артикула monnaie.

уплатить 500 штукъ écus. Это правило несомнѣнно, такъ какъ Мерленъ основываетъ его на множествѣ судебныхъ рѣшеній.— Если тотъ-же заемъ формально заключенъ на 1000 écus (а не на 3000 livres), то правило остается неизмѣннымъ. На послѣдній случай и ученые и судебная практика смотрятъ различно; по ихъ мнѣнію здѣсь слѣдуетъ платить 1000 écus. Мерленъ, въ подкрѣпленіе своего мнѣнія, приводитъ ordonnance короля Филиппа Красиваго 1311 г. (d).

Особенно важно еще одно положеніе Мерлена (e), что всякій договоръ, противный этому правилу, будетъ безусловно ничтоженъ, напр. договоръ, по которому заемъ во 100 louis долженъ быть уплаченъ сотнею louis того же вѣса и пробы, не смотря на могущее совершиться въ промежутокъ времени измѣненіе номинальной цѣны.

Такимъ образомъ взгляды французскаго законодательства и литературы находятся въ полномъ противорѣчіи съ изложенными выше правилами, вытекающими изъ общей природы денегъ (§ 42); и поэтому очень важно объяснить причины ихъ вызвавшіе.

Главнымъ образомъ, необходимо изслѣдовать, какъ мы сдѣлали это по отношенію къ прусскому праву, каково было, въ дѣйствительности, состояніе денежной системы, представлявшееся глазамъ законодателя. Оно была настолько удовлетворительнымъ, что ничего лучшаго нельзя было и желать; повидимому, даже въ будущемъ не предвидилось никакого разстрой-

(d) Ordonnance приведенъ у Мерлена p. 229. Но въ немъ далеко не говорится объ измѣненіи въ номинальной цѣнѣ; онъ просто запрещаетъ лихвенные контракты, въ которыхъ должникъ обѣщаетъ платежъ въ формѣ другой цѣны или другаго рода монеты противъ полученной по займу. Затѣмъ говорится: Volumus quod nullus teneatur solvere, nec quis creditor praesumat exigere...in majori valore duam in valore pecuniae traditae, quantum videlicet valebat et currebat communiter juxta ordinationes nostras tempore contractus. Здѣсь рѣчь идетъ прямо о курсовой цѣнѣ; на разницу-же между курсовою и номинальною цѣнами обращается также мало вниманія, какъ и на измѣненіе номинальной цѣны.

(e) Merlin art. prêt p. 35. — Mees p. 82. 84, указываетъ и другихъ писателей, иначе смотрящихъ на этотъ вопросъ; самъ онъ также думаетъ, что сила такихъ договоровъ должна быть признана судомъ.

ства. Такое же удовлетворительное состояніе продолжалось непрерывно, въ теченіи долгаго времени, предъ революціею Слѣдовательно, указанное выше законодательное постановленіе, если считалось теоретически-вѣрнымъ, могло, и съ точки зрѣнія практической, представляться несомнѣннымъ, или, такъ сказать, неопасною игрою воображенія; на этомъ же основаніи и всякое постановленіе законодательства въ этой области считалось излишнимъ.

Но между старымъ и новымъ временемъ лежала эпоха революціи, когда ассигнаціи произвели самыя пагубныя послѣдствія и страшную тиранію именно въ денежной системѣ (§ 41. l); тогдашнее правительство могло воспользоваться для себя тѣми же принципами, которые кодексъ, установилъ затѣмъ на всѣ времена. При составленіи кодекса, правительство хотя и имѣло твердую рѣшимость никогда не вызывать подобнаго зла,—но уже въ этомъ ужасномъ и недавнемъ опытѣ заключалось достаточное основаніе — подвергнуть самый принципъ болѣе глубокому изслѣдованію, и выразить его, по крайней мѣрѣ, въ такой формѣ, чтобы на будущее время онъ не служилъ болѣе оправданіемъ такихъ злоупотребленій.

Однако этого не случилось.

Pothier, умершій задолго до революціи (въ 1772 г.), и, слѣдовательно, не имѣвшій возможности думать объ ассигнаціяхъ и видѣвшій монетную систему, удовлетворительное состояніе которой продолжалось уже долгое время,—считаетъ вышеприведенные принципы абсолютными, хотя формально и признаетъ, что кредиторъ можетъ въ этомъ случаѣ потерпѣть убытки, такъ какъ на уплаченныя ему деньги онъ купитъ менѣе товаровъ, нежели на отданныя взаймы. Онъ также категорически утверждаетъ, что всѣ договоры, противныя этимъ принципамъ, будутъ признаны ничтожными (f).

(f) Pothier traité du prêt de consomption P. 1. Chap. 3 Num. 36. 37. „Dans la monnaie on ne considère pas les corps et pièces de monnaie, mais seulement la valeur que le prince y a attacchée“. И за тѣмъ: „Car le prince distribuant sa monnaie aux particuliers pour leur servir de signe de la valeur des choses, elle n'appartient aux particuliers que sous

Сочиненія Потье пользовались большимъ авторитетомъ во время составленія кодекса (g); этимъ объясняется, почему его теорія денежныхъ обязательствъ прямо перешла въ кодексъ, хотя она была написана при совершенно другихъ обстоятельствахъ, и поэтому весьма сомнительно, чтобы Потье впалъ въ такое заблужденіе, если бы имѣлъ въ виду опыты революціи.

Извиненіемъ (но не оправданіемъ) взглядовъ, лежащихъ въ основаніи кодекса, можетъ служить еще слѣдующее, чисто практическое соображеніе.—Пока состояніе монетной системы нормально, подобныя законодательныя опредѣленія не причиняютъ зла; съ наступленіемъ же несчастныхъ обстоятельствъ или эпохи безначалія, подобной революціи, лучшіе и предусмотрительнѣйшіе законы не представляютъ никакой гарантіи противъ несправедливости; тогда издаются спеціальные законы, снабжаемые обратною силою, не смотря на общіе, дѣйствовавшіе до тѣхъ поръ (h).

Для полноты замѣтимъ еще, что законъ, о которомъ идетъ рѣчь, относится только къ чисто-денежнымъ обязательствамъ въ собственномъ смыслѣ слова, и, слѣдовательно, не примѣняется къ займу слитками чистаго металла (i), и тѣмъ менѣе къ отдачѣ на храненіе денегъ, которыя въ данномъ случаѣ представляются не деньгами, не квантитетомъ, а собственно-

---

ce rapport... toute convention doit être réjetée comme contraire au droit public et à la destination que le prince a faite de la monnaie".

(g) Многіе изъ рѣшительныхъ мѣстъ Мерлена (прим. c) буквально выписаны изъ Потье.—Можетъ показаться страннымъ, что Мерленъ, сочиненіе котораго впервые появилось въ 1807 г., такъ рабски слѣдуетъ писателю гораздо древнѣйшему. Дѣло въ томъ, что сочиненіе самаго Мерлена есть только рядъ новыхъ изданій болѣе древняго сочиненія Гюйо (Guyot), появившагося уже въ 1777 и 1784 гг. и принадлежащаго слѣдовательно къ одной и той же эпохѣ съ сочиненіями Потье. Срав. Camus lettres sur la profession d'avocat ed. 4 par Durin T. 2 N. 1616.

(h) Такое извиненіе для закона кодекса приводитъ Mees, p. (73—75.

i) Code civil art. 1896. 1897. Этотъ заемъ основательно считается займомъ, заключеннымъ на квантитетъ, отличный отъ денегъ.

стью, подобною всякой другой (k). Точно также его не слѣдуетъ примѣнять къ векселямъ, гдѣ свободной волѣ сторонъ дается большой просторъ (l).

Разсмотрѣнный нами законъ имѣетъ, наконецъ, предметомъ только металлическія деньги, хотя содержащійся въ немъ принципъ могъ бы также примѣняться и къ бумажнымъ деньгамъ.

О состояніи бумажныхъ денегъ во Франціи мы говорили уже выше во многихъ мѣстахъ (§ 41. 42).

§ 48.

IV. Объектъ обязательства. Удовлетвореніе опредѣленное и неопредѣленное.—Деньги. Австрійское право.

При введеніи въ дѣйствіе австрійскаго кодекса (1 іюня 1811 г.), законодатель находился совершенно въ другомъ положеніи сравнительно съ тѣмъ, которое мы очертили по поводу прусскаго ландрехта и французскаго кодекса. (§ 46. 47). Онъ не могъ предполагать удовлетворительнаго состоянія монетной системы ни въ настоящемъ, ни въ будущемъ; напротивъ, государство было въ весьма затруднительномъ положеніи вслѣдствіе паденія бумажныхъ денегъ, продолжавшагося издавна, что и вызвало уже, нѣсколько мѣсяцевъ прежде, спеціальный законъ очень страннаго и рѣшительнаго характера (§ 41, m). Послѣ этого представляется весьма естественнымъ то явленіе, что кодексъ не содержитъ въ себѣ особыхъ постановленій по важнѣйшимъ пунктамъ въ практическомъ отношеніи, именно о звонкой монетѣ, о валютѣ, и о дозволенномъ займѣ особо опредѣленнымъ родомъ монеты;—что онъ просто ссылается на

(k) Code civil art. 1932.—Срав. выше § 43.

(l) Code de commerce art. 143. Это постановленіе, отступающее отъ art. 1845, вытекаетъ весьма естественно изъ того, что вексель не есть заемъ.

вышедшій незадолго предъ тѣмъ законъ, повторяя его постановленія (a).

Вмѣстѣ съ тѣмъ кодексъ содержитъ въ себѣ особое опредѣленіе, единственное, которое только и можно назвать новымъ принципомъ; оно относится къ тому случаю, когда номинальная цѣна металлическихъ денегъ измѣняется безъ новаго чекана. Подобное измѣненіе не имѣетъ вліянія на уплату долга (b), и представляется повтореніемъ изложеннаго выше (§ 46) постановленія прусскаго ландрехта. (I. 11. § 790).

Къ этому постановленію примыкаетъ другое, относящееся къ тому случаю, когда родъ монеты составлявшій предметъ займа, не будетъ болѣе въ обращеніи.—Тогда должникъ обязанъ уплатить другимъ родомъ, но такъ, чтобы кредиторъ получилъ ту же внутреннюю цѣну (металическую), которую онъ первоначально отдалъ взаймы (c). И это постановленіе также связано съ постановленіемъ прусскаго ландрехта, относящимся къ тому же случаю (см. выше. § 46. f), съ тѣмъ только (неважнымъ) различіемъ, что прусское право желаетъ здѣсь достигнуть уравненія курсовой, а австрійское—металической цѣны.

Эти особенныя постановленія имѣли въ австрійскомъ законѣ еще менѣе значенія и силы, нежели въ прусскомъ; такъ какъ нельзя было предвидѣть, когда явится возможность возвратиться къ металлической валютѣ, и не было вѣроятности, чтобы въ случаѣ даже такого возвращенія, правительство нашло бы нужнымъ или полезнымъ измѣнить номинальную цѣну цванцигера и пр.

(a) Gesetzbuch § 986. 987.
(b) Gesetzbuch § 988.
(c) Gesetzbuch § 989.

§ 49.

IV. Объектъ обязательства. Мѣсто удовлетворенія.

Все предыдущее изслѣдованіе объ объектѣ обязательства касалось природы удовлетворенія и связанныхъ съ нею противоположностей. Но всякое удовлетвореніе, какъ внѣшнее дѣйствіе, можетъ совершиться только въ извѣстномъ мѣстѣ и въ данное время; эти свойства удовлетворенія также опредѣляются юридическими нормами (§ 28).

О мѣстѣ удовлетворенія я уже имѣлъ случай говорить подробно (а), а потому, сославшись на эти подробности, здѣсь позволю себѣ быть по возможности краткимъ.

Вопросъ объ истинномъ мѣстѣ удовлетворенія касается дѣятельности и вѣрителя, и должника. Относительно вѣрителя слѣдуетъ опредѣлить, въ какомъ мѣстѣ онъ можетъ требовать добровольнаго и принудительнаго исполненія обязательственнаго дѣйствія; относительно же должника, напротивъ: въ какомъ мѣстѣ онъ можетъ предложить добровольное исполненіе и притомъ въ формѣ, которая можетъ считаться удовлетворительною для кредитора.

Прежде всего, необходимо различать два рода дѣйствій, могущихъ фигурировать въ обязательствѣ въ качествѣ удовлетворенія. Нѣкоторыя дѣйствія, по самой природѣ своей, до такой степени связаны съ мѣстомъ, ограниченнымъ извѣстнымъ пространствомъ, что безъ него немыслимы, — и всякая попытка ихъ перемѣщенія существенно измѣняла бы самыя дѣйствія. Сюда относится передача опредѣленной недвижимости, также обработка извѣстнаго участка земли и возведеніе на немъ постройки. Далѣе работа въ какомъ либо торговомъ учрежденіи или на фабрикѣ ,занимающей опредѣленное мѣсто. Для такого рода удовлетвореній кредиторъ не можетъ

(а) Объ этомъ я говорилъ при изложеніи мѣстнаго права и подсудности обязательствъ, System. т. 8 § 370. 371.

требовать исполненія а должникъ предлагать но въ другомъ мѣстѣ потому что всякое дѣйствіе предпринятое въ другомъ мѣстѣ, хотя бы и однородное (напр. постройка дома), будетъ совершенно инымъ.

Всѣ прочія дѣйствія не имѣютъ мѣстной опредѣленности, такъ что они могутъ быть одинаково исполняемы во всякомъ мѣстѣ, безъ измѣненія ихъ сущности. Сюда относится изготовленіе движимой вещи, а также передача ея, въ особенности же—всякій денежный платежъ.

Въ дѣйствіяхъ этого рода различаются два случая.—Фактъ, служащій основаніемъ обязательства (напр. договоръ), или опредѣляетъ мѣсто удовлетворенія, или не опредѣляетъ его.

А. Опредѣленное мѣсто удовлетворенія.

Положеніе кредитора въ этомъ случаѣ таково. Онъ можетъ предъявить искъ въ опредѣленномъ мѣстѣ, которое служитъ и мѣстомъ подсудности должника, опредѣленнымъ въ договорѣ. Онъ не имѣетъ права искать ни въ какомъ другомъ мѣстѣ, слѣдовательно и въ томъ, гдѣ должникъ подсуденъ по своему жительству (b).

Но этотъ принципъ, самъ по себѣ вѣрный, можетъ вести къ полному отрицанію права вѣрителя. Когда одинъ римлянинъ обѣщалъ, въ формѣ стипуляціи, уплатить другому тысячу сестерцій въ Эфесѣ, то искъ не могъ подлежать римскому претору, такъ какъ подобное удовлетвореніе выходило изъ предѣловъ его вѣдомства. Искъ могъ быть предъявленъ въ Эфесѣ; но если должникъ былъ предусмотрителенъ и не являлся въ Эфесъ, то искъ на самомъ дѣлѣ представлялся невозможнымъ, а кредиторъ—лишеннымъ судебной защиты.—Для устраненія этого неудобства преторъ ввелъ спеціальный искъ—actio de eo quod certo loco (c). Въ этой формѣ кредиторъ могъ предъявить свою претензію прямо въ Римѣ, но онъ не получалъ уже полной тысячи: дѣлался разсчетъ, насколько большую или меньшею цѣну имѣла эта сумма въ Римѣ, сравнительно съ Эфесомъ. Такимъ образомъ, въ Римѣ онъ могъ получить болѣе или менѣе тысячи, смотря по инте-

---

(b) System т. 8 § 370. c. d.
(c) Dig. Lib. 13 Tit. 4.

ресу, который имѣли стороны въ платежѣ этихъ денегъ въ томъ или другомъ мѣстѣ (d). Однако злоупотребленіе подобнымъ искомъ могло привести къ несправедливому стѣсненію должника, когда послѣдній желалъ платить въ Эфесѣ, а кредиторъ уклонялся отъ платежа подъ разными ложными предлогами. Должникъ могъ гарантировать себя противъ этого злоупотребленія, оставивъ въ Римѣ обезпеченіе въ исправности удовлетворенія въ Эфесѣ, согласно договору, или доказавъ, что онъ поручилъ произвести платежъ въ Эфесѣ или представилъ его тамъ же на храненіе въ судебное мѣсто; тогда онъ освобождался отъ иска въ Римѣ (e).

Это средство, предоставляемое вновь введеннымъ преторскимъ искомъ, было необходимо и употребительно только въ обязательствахъ, влекущихъ за собою кондикціи (строгіе иски) (f), строгій и формальный характеръ которыхъ особенно проявлялся въ понятіи intentio (g). Въ неформальныхъ же взысканіяхъ (продажа, наемъ, ссуда и проч.) этотъ спеціальный искъ не составлялъ необходимости. Здѣсь было вполнѣ достаточно обыкновеннаго договорнаго иска, такъ какъ онъ приводилъ къ тѣмъ же результатамъ, какъ и спеціальный преторскій (h).—Различіе это потеряло всякое значеніе уже въ юстиніановскомъ правѣ, а тѣмъ болѣе въ нашемъ.

Положеніе должника въ обязательствахъ съ опредѣленнымъ

(d) L. 2 pr. § 8, L. 2 de eo quod certo loco (13. 4), L. un. C. ubi conven. (3. 18), § 33 J. de act. (4. 6).

(e) L. 4 § 1 de eo quod certo loco (13. 4).

(f) L. 1, L. 7 § 1 de eo q. c. l. (13. 4), L. un. C. ubi conven. (3. 18), § 33. J. de act. (4. 6) (о стипуляціяхъ). — L. 8 eod (поручительство).—L. 6 eod (Заемъ).—L. 5 eod (легатъ).

(g) Если, въ вышеприведенной стипуляціи intentio, въ Римѣ, выражалась такъ: si paret, H. S. mille dari oportere, то для претора она ничего не значила, такъ какъ отвѣтчикъ здѣсь ни къ чему не обязывался.

(h) L. 7 pr. de eo q. c. l. (13. 4), L. 16 § 1 de pec. const. (13. 5) „exemplo arbitrariae actionis,“ т. е. по тѣмъ же правиламъ и съ тѣми же послѣдствіями, какъ при actio arbitraria de eo quod certo loco. Такъ какъ здѣсь было достаточно обыкновенной intentio b. f. actio: quiquid dari fieri oportet ex fide bona,“—то и не было нужды въ пособіи спеціальнаго иска.

мѣстомъ удовлетворенія таково. Должникъ имѣетъ право добровольно исполнить обязательство только въ этомъ мѣстѣ, т. е. всякая, съ его стороны, попытка удовлетворенія въ другомъ мѣстѣ, не влечетъ за собою погашенія обязательства (i). Но если кредиторъ получаетъ платежъ въ другомъ мѣстѣ, то обязательство погашается потому, что согласіе обѣихъ сторонъ видоизмѣняетъ обязательство въ этомъ пунктѣ. (k).

В. Неопредѣленное мѣсто удовлетворенія.

Положеніе вѣрителя. Онъ можетъ отыскивать свое право, слѣдовательно начать искъ и требовать исполненія тамъ, гдѣ ему заблагоразсудится; обязательство въ этомъ отношеніи не стѣсняетъ его ни въ чемъ (l), но правила процесса ограничиваютъ его свободу тѣмъ, что искъ долженъ быть предъявленъ по мѣсту подсудности отвѣтчика.

Слѣдовательно кредиторъ можетъ начать искъ по мѣсту общей личной подсудности должника (m). Онъ можетъ предъявить его и въ мѣстѣ спеціальной подсудности признанномъ, молчаливымъ согласіемъ сторонъ, для этого обязательства (n). Вѣрителю принадлежитъ право свободнаго выбора между этими различными мѣстами подсудности (o).

Такое право вѣрителя, во имя требованій справедливосни, подвержено ограниченію въ одномъ случаѣ. Когда обязательство имѣетъ предметомъ передачу движимости, и есть вмѣстѣ съ тѣмъ b. f. obligatio,—то кредиторъ долженъ довольствоваться передачею вещи въ томъ мѣстѣ, гдѣ послѣдняя случайно находится, и не можетъ требовать, чтобъ должникъ препроводилъ

(i) L. 2 § 7, L. 9 de eo q. c. l. (13. 4), L. 122 pr. de V. O. (45. 1).

(k) L. 2 § 7, L. 10 de eo q. c. l. (13. 4).

(l) Слѣдовательно должникъ обязанъ платить, ubi petitur. Срав. System. т. 8 § 370 v.

(m) Это forum domicilii, или, по римскому праву, forum originis, съ правомъ свободнаго выбора между ними, принадлежащаго кредитору.

(n) Срав. System т. 8 § 370, стр. 226—228. Это мѣсто, въ которомъ стороны, въ силу извѣстныхъ обстоятельствъ, главнымъ образомъ, желали удовлетворенія.

(o) Срав. System т. 8 § 371. t.

ее, на собственныя издержки и страхъ, въ мѣсто предъявленія иска (p).

Остается еще разсмотрѣть положеніе должника въ случаѣ неопредѣленности мѣста удовлетворенія. Если взглянуть на дѣло съ точки зрѣнія того отвлеченнаго принципа, что должникъ, вслѣдствіе неопредѣленности, имѣетъ неограниченное право выбора мѣста добровольнаго исполненія, то денежное удовлетвореніе, предложенное должникомъ или отданное на храненіе въ какомъ либо отдаленномъ мѣстѣ слѣдовало бы считать совершившимся погашеніемъ; этотъ путь являлся бы въ рукахъ должника средствомъ къ прижимкѣ вѣрителя, или женъ прибѣгалъ бы къ нему когда, скопивъ случайно въ какомъ либо отдаленномъ мѣстѣ извѣстный запасъ денегъ, нашелъ бы выгоднымъ подобный способъ погашенія. Но очевидно, что послѣдній не соотвѣтствовалъ бы первоначальному ожиданію кредитора, а слѣдовательно и истинному смыслу юридической сдѣлки.

Наши источники не рѣшаютъ этого вопроса (q). Естественное его рѣшеніе состоитъ въ признаніи полнаго равенства между сторонами. По этому, мы обязаны признать за должникомъ право выбора тѣхъ мѣстъ, въ которыхъ самъ кредиторъ могъ бы предъявить искъ (примѣч. m. n.), т. е. выборъ между собственнымъ мѣстомъ жительства должника и всякимъ мѣстомъ особо-установленной подсудности для даннаго обязательства. Нѣтъ сомнѣнія, что такое рѣшеніе соотвѣтствуетъ смыслу юридической сдѣлки, такъ какъ каждое изъ этихъ мѣстъ стороны должны были имѣть въ виду при самомъ заключеніи договора. Если же выборъ должника не соотвѣтствуетъ желаніямъ кредитора, то послѣдній долженъ пенять на самаго себя, что не предупредилъ должника предъявленіемъ иска, такъ какъ тогда ему принадлежало бы право выбора мѣста (r).

(p) Срав. System т. 8 § 370. w. x. y.

(q) Уже послѣднее обстоятельство доказываетъ, что вопросъ этотъ не могъ имѣть большой важности: иначе онъ былъ бы рѣшенъ практически.

(r) Другаго мнѣнія держится Шухта. Pandecten § 246. Note i и Vorlesungen т. 2 стр. 54. Должникъ обязанъ совершить удов-

Вопреки изложенной нами теоріи и съ полнымъ извращеніемъ истиннаго юридическаго отношенія, нѣкоторые ученые, въ случаѣ неопредѣленности мѣста удовлетворенія, выставляли тотъ принципъ, что всегда слѣдуетъ принимать во вниманіе мѣсто удовлетворенія, установленное закономъ, которое вмѣстѣ съ тѣмъ будетъ служить и мѣстомъ подсудности обязательства (s).

§ 50.

IV. Объектъ обязательства. Время удовлетворенія.

Всякое удовлетвореніе можетъ быть совершено только въ извѣстное время (§ 28)—послѣдній пунктъ, представляющійся намъ въ изслѣдованіи объекта обязательствъ.

Этотъ вопросъ, по значенію своему, нѣсколько отличается отъ однороднаго съ нимъ и разсмотрѣннаго нами вопроса о мѣстѣ удовлетворенія, (§ 49). Въ послѣднемъ рѣчь идетъ о точномъ опредѣленіи мѣста, гдѣ должно совершиться удовлетвореніе, и опредѣленіе это главнымъ образомъ вытекаетъ изъ свободной воли участвующихъ лицъ. Подобное же опредѣленіе мыслимо и относительно времени, такъ какъ въ договорѣ можетъ быть выражено, что дѣйствіе должно послѣдовать не ранѣе и не позднѣе точно опредѣленнаго періода времени. Но это случается рѣдко, а потому и изученіе опредѣленій такого рода не имѣетъ значенія.

Напротивъ, очень важенъ другой вопросъ: какой моментъ времени служитъ началомъ юридической необходимости, составляющей сущность обязательства? когда этотъ моментъ оп-

---

летвореніе въ мѣстѣ нахожденія кредитора, слѣдовательно, если оба живутъ другъ отъ друга далеко, то и принять на себя издержки перевозки. Я не знаю, чѣмъ объяснить эту одностороннюю благосклонность къ должнику; она, по моему противорѣчитъ даже собственнымъ словамъ Пухты (стр. 54): „впрочемъ, должникъ не можетъ требовать, что бы кредиторъ его отыскивалъ, также какъ и кредиторъ, что бы должникъ явился къ нему„!

(s) Срав. System т. 8 § 370.

предѣленъ въ обязательствѣ волею сторонъ, то послѣднее называется obligatio ex die или in diem. О немъ я уже говорилъ подробно въ другомъ мѣстѣ (a), и потому, здѣсь дозволю себѣ быть по возможности краткимъ.

Истинное значеніе этой договорной опредѣленности становится очевиднымъ при сопоставленіи ея съ противоположнымъ правиломъ, относящимся къ случаю неопредѣленности момента времени. Правило состоитъ въ томъ, что всякое обязательство, съ момента своего возникновенія, установляетъ необходимость исполненія, составляющую сущность его такъ что исполненіе непосредственно можетъ быть требуемо судомъ. Относящееся сюда римское техническое выраженіе гласитъ: всякое обязательство само по себѣ есть praesens obligatio (b). Но вмѣстѣ съ правиломъ мы должны разсмотрѣть цѣлый рядъ исключеній.

Первое и важнѣйшее исключеніе уже указано нами: именно, когда самая воля заключившая обязательство,—установила его, какъ in diem obligatio. Эта очевидная аналогія съ случаемъ опредѣленія сторонами мѣста удовлетворенія (§ 49). Различіе между ними только въ томъ, что опредѣленіе мѣста не клонится къ исключительной пользѣ ни одной изъ сторонъ, такъ какъ то или другое мѣсто можетъ случайно служить къ выгодѣ одной изъ нихъ. Напротивъ, praesens obligatio всегда болѣе выгодна для кредитора, in diem—менѣе выгодна, потому что раннее удовлетвореніе должно всегда считаться лучшимъ (c) и когда говорится, что опредѣленность въ обязательствѣ in diem—всегда дѣлается въ пользу должника,—это только другое выраженіе того же положенія (d). Но отсюда вытекаетъ, что долж-

---

(a) Срав. System т. 3 § 125. 126. Необходимо замѣтить, что это ограниченіе in diem бываетъ не только въ обязательствѣ, но и во многихъ другихъ юридическихъ отношеніяхъ.

(b) L. 41 § 1 de V. O. (45. 1), L. 213 pr. de V. S. (50. 16), L. 14 de R. J. (50. 17).— Во многихъ текстахъ предполагается тоже правило. L. 60, L. 73 pr., L. 137 § 4 de V. O. (45. 1), L. 186 de R. J. (50. 17).

(c) § 5 J. de fidej. (3 20), Gajus Lib. 3 § 113.

(d) L. 41 § 1, L. 38 § 16 de V. O. (45. 1), L. 17 de R. J. (50. 17).

никъ можетъ отказаться отъ этого преимущества и исполнить, такимъ образомъ, обязательство прежде того момента, когда исполненіе станетъ необходимымъ (e).

Далѣе слѣдуетъ исключеніе, когда дѣйствіе, по природѣ своей, не можетъ быть совершено немедленно, а только въ болѣе или менѣе далекомъ будущемъ, потому, что дѣйствіе это должно быть или начато въ весьма отдаленномъ мѣстѣ, или по отношенію къ предмету, который еще не существуетъ, и который можетъ явиться только въ послѣдствіи (g).

Съ этимъ исключеніемъ связано другое, относящееся къ тѣмъ обязательствамъ, гдѣ необходимость удовлетворенія находится въ зависимости отъ особаго требованія или заявленія, какъ напр. при займѣ, поклажѣ и пр. (h).

Еще одно, положительное, упоминается при конститутѣ, когда должнику дается извѣстная непродолжительная отсрочка; непродолжительнымъ считается промежутокъ времени въ десять дней (i).

Важнѣйшая и труднѣйшая часть этого отдѣла относится къ особеннымъ случаямъ несовершенія удовлетвореній въ опредѣленное время (безъ нарушенія содержанія самаго обязательства). Это есть ученіе о mora, (просрочка) которое должно быть изложено не здѣсь, а въ связи съ источниками происхожденія обязательствъ, главнымъ же образомъ съ ученіемъ о превращеніи одного обязательства въ другое.

(e) L. 137 § 2, L. 38 § 16 de V. O. (45. 1), L. 70 de solut. (46. 3), L. 15 de annuis (33. 1), L. 1 § 1 de cond. (35. 1).— Исключеніе составляютъ тѣ рѣдкіе случаи, когда, вслѣдствіе какихъ либо личныхъ разсчетовъ, недопускается преждевременное удовлетвореніе. L. 43 § 2 de leg. 2 (31 un.), L. 15 de annuis (33. 1).

(f) L. 41 § 1, L. 60, L. 73 pr., L. 137 § 2 de V. O. (45. 1).

(g) L. 73 pr. de V. O. (45. 1), L. 186 de R. J. (50. 17).

(h) L. 73 pr. de V. O. (45. 1), въ концѣ текста.

(i) L. 21 § 1 de pec. const. (13. 5), быть можетъ стояла въ связи съ однимъ контроверзомъ древнихъ юристовъ, который былъ разрѣшенъ Юстиніаномъ. L. 2 C. de const. (4. 18).

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Источники происхожденія обязательствъ.

---

§ 51.

Введеніе.

По происхожденію обязательство можетъ быть или первоначальнымъ (ursprüngliche Entstehung), или только превращеннымъ (Umwandlung, Metamorphose); въ послѣднемъ случаѣ предполагается продолженіе одного и того же обязательства (только въ измѣненной формѣ). Это различіе примѣнимо и къ другимъ родамъ юридическихъ отношеній; но главнымъ образомъ и чаще всего оно прилагается къ обязательствамъ (a). Разсмотримъ обѣ формы порознь.

1. Относительно первоначальнаго происхожденія необходимо обратить вниманіе на различную терминологію римскихъ юристовъ, представляющуюся, съ перваго взгляда настоящимъ различіемъ взглядовъ на этотъ предметъ.

A. Иногда говорится, что есть только два источника происхожденія: ex contractu и ex delicto, такъ что всѣ обязательства могутъ быть сведены къ одному изъ нихъ (b).

B. Во многихъ другихъ текстахъ упоминаются, кромѣ этихъ

(a) Срав. System. т. 1 § 59. Стр. 393, т. 3 § 104. стр. 4.

(b) Gajus III § 88: „(Nunc transeamus) ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species deducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto“.—Тоже самое, но не такъ ясно выражено: Gajus IV. § 2 и § 1 de act. (4. 6).

источниковъ, еще два, такъ что является четыре источника происхожденія обязательствъ.

Въ самомъ дѣлѣ, возможно возникновеніе обязательствп non proprie ex contractu, a quasi ex contractu (d).

Также возможно возникновеніе ихъ non proprie ex maleficio, a quasi ex maleficio (d), или quasi ex delicto (e).

Въ нѣкоторыхъ текстахъ всѣ четыре источника перечисляются очень ясно.

С. Наконецъ, одинъ разъ встрѣчается троякій, по видимому, источникъ: ex contractu, ex maleficio, aut proprio quodam jure, ex variis causarum figuris (g). Но очевидно, что послѣдняя терминологія не представляетъ существеннаго отличія отъ предъидущей; она охватываетъ однимъ простымъ и менѣе опредѣленнымъ терминомъ два послѣдніе источника.

Если принять первую терминологію за отрицаніе существованія обязательствъ quasi ex contractu и quasi ex delicto, то дѣйствительно, можно было бы считать ее различіемъ взглядовъ. На самомъ же дѣлѣ этого нѣтъ: все различіе здѣсь въ томъ, что нѣкоторые тексты, по причинѣ краткости, говорятъ только о двухъ главныхъ источникахъ, тогда какъ другіе, болѣе пространные, присоединяютъ къ нимъ еще два, образовавшіеся по аналогіи съ первыми, на что указываетъ частица quasi.—Если эти доводы не достаточно убѣдительны, то уже соображеніе, что всѣ приведеные тексты имѣютъ одно происхожденіе и заимствованы изъ Гая, должно разсѣять всякія сомнѣнія.

При ближайшемъ анализѣ двухъ главнѣйшихъ источниковъ происхожденія (contractus и delictum), кажется съ перваго взгляда, что они совпадаютъ съ отвлеченными понятіями договора и правонарушенія. Въ дѣйствительности же эти выраженія понимались римскими юристами въ болѣе тѣ-

---

(c) Pr. J. de obl. quae quasi ex contr. (3. 27), также и въ рубрикѣ этого титула.—L. 5 § 1 be O. et A. (44. 7).

(d) Pr. J. de obl. quae quasi ex del. (4. 5).—L. 5 § 4. 5. 6 de O. et A. (44. 7).

(e) Quasi ex delicto находится въ рубрикѣ институцій (4. 5).

(f) § 2 J. de obl. (3. 12).

(g) L. 1 pr. de O. et. A. (44. 7).

сномъ смыслѣ. Они употреблялись самими авторами въ связи съ историческими ограниченіями только въ приложеніи къ и с к о в ы м ъ договорамъ и правонарушеніямъ и только къ тѣмъ изъ нихъ, которые признавались псковыми древнимъ цивильнымъ правомъ.

Далѣе, слѣдуетъ указать значеніе или пользу этихъ различій, т. е. подраздѣленій источниковъ происхожденія обязательствъ на два, три или четыре разряда. Въ этомъ отношеніи мы можемъ воспользоваться двумя различнымъ способами.

Первый находится въ связи съ теоріею общей части обязательственнаго права. Онъ состоитъ—въ изложеніи общихъ понятій и юридическихъ нормъ, касающихся договоровъ и деликта, какъ важнѣйшихъ источниковъ происхожденія обязательствъ. Это изложеніе составитъ содержаніе настоящей главы, при чемъ мы не будемъ считать себя обязанными подчиняться упомянутымъ выше историческимъ ограниченіямъ понятій о contractus и delictum. Напротивъ, мы должны принять за точку отправленія отвлеченныя понятія договора и правонарушенія въ высшей степени ихъ развитія, къ какой только они способны; тогда сами собою найдутся и моменты, необходимые для уясненія этихъ понятій въ ихъ историческомъ ограниченіи.

Другой способъ могъ бы состоять въ принятіи дѣленія за основаніе поочереднаго изслѣдованія отдѣльныхъ обязательствъ, т. е. изложенія особой части обязательственнаго права. Такой методъ мы находимъ въ институціяхъ Гая и еще въ большемъ развитіи въ институціяхъ Юстиніана, гдѣ отдѣльныя обязательства разсматриваются въ порядкѣ указанныхъ выше классовъ (h).

Этой же системѣ слѣдовала большая часть новѣйшихъ ученыхъ. Но удовлетворяетъ ли она потребностямъ изложенія дѣйствующаго римскаго права? вопросъ, разрѣшеніе котораго возможно только послѣ основательнаго изслѣдованія и окончанія общей части.

II. П р е в р а щ е н і е обязательствъ можетъ быть результатомъ двоякаго измѣненія ихъ первоначальнаго состава.

(h) Instit. III. 14 — 26 (contractus). — III 27 (quasi ex contractu.—IV. 1—4 (delicta).—IV. 5 (quasi ex delicto).

A. Измѣненіе въ л и ц а х ъ, между которыми существуетъ обязательство. Здѣсь должно быть выяснено, въ какой степени изложенныя выше общія понятія универсальнаго и сингулярнаго преемства (Succession) приложимы къ обязательствамъ (i).

B. Измѣненіе въ п р е д м е т ѣ или с о д е р ж а н і и обязательства (k).

Оно можетъ состоять въ уменьшеніи (или уничтоженіи предмета). Сюда относятся ученія о dolus, culpa, casus, вознагражденіи убытковъ и mora.

Измѣненіе можетъ впрочемъ состоять также и въ у в е л и ченіи предмета—необходимомъ (regelmässig) (плоды, проценты) или случайномъ (commodum).

Изъ этого обзора слѣдуетъ, что ближайшая цѣлъ нашего изслѣдованія—есть общая часть обязательственныхъ соглашеній. Здѣсь мы разсмотримъ порознь ч е т ы р е момента.

A. П о н я т і е и в и д ы.

B. Л и ц а.

C. З а к л ю ч е н і е.

D. С л ѣ д с т в і я.

Можетъ показаться, что есть еще пятый самостоятельный моментъ, требующій разсмотрѣнія: п р е д м е т ъ соглашенія. Но все, что можно сказать о немъ, вполнѣ совпадало бы съ тѣмъ, что мы говорили выше о предметѣ обязательства вообще (l). Остался открытымъ только одинъ вопросъ: о вліяніи н е в о з м о ж н а г о предмета на дѣйствительность обязательственнаго соглашенія (m). Мы его разсмотримъ въ ученіи о послѣдствіяхъ договоровъ (§ 81).

(i) Срав. System т. 3 § 105.

(k) Можно было бы прибавить еще третій способъ измѣненія, основанный на одной волѣ: какова новація. Но это измѣненіе состоитъ не столько въ превращеніи продолжающагося обязательства, сколько въ уничтоженіи его, а потому и говорить о немъ слѣдуетъ не въ ученіи о происхожденіи. а въ ученіи о прекращеніи обязательствъ.

(l) Т. 1 § 28 и слѣд.

(m) Т. 1 § 37, стр. 382.

§ 52.

I. Договоръ. A. Понятіе и виды.

Договоръ, въ смыслѣ источника обязательствъ (обязательственное соглашеніе) есть только частное примѣненіе болѣе общаго понятія о соглашеніи вообще. О природѣ договора я говорилъ уже подробно въ другомъ мѣстѣ (a); а потому здѣсь ограничусь только повтореніемъ сказаннаго въ нѣсколькихъ словахъ.

Договоръ вообще есть соглашеніе нѣсколькихъ лицъ, опредѣляющее ихъ юридическія отношенія въ формѣ выраженія общей воли. — Эти юридическія отношенія могутъ касаться права международнаго, государственнаго, гражданскаго: ко всѣмъ имъ примѣнимо понятіе договора. Что касается гражданскаго права, то договоръ представляется опредѣляющимъ началомъ во всѣхъ его отдѣлахъ: въ семейственныхъ отношеніяхъ, въ вещномъ правѣ и въ обязательственномъ. Наконецъ, въ послѣднемъ договоръ можетъ какъ рождать, такъ и прекращать отдѣльныя обязательства.

Изъ всѣхъ перечисленныхъ видовъ мы будемъ говорить здѣсь только о договорѣ, рождающемъ обязательство (обязательственномъ соглашеніи). Понятіе его можетъ быть формулировано, какъ соглашеніе нѣсколькихъ лицъ, въ формѣ общаго выраженія воли, долженствующее установить между ними обязательство. Этотъ способъ примѣненія договора вообще самый употребительный и наиболѣе разнообразный; поэтому наши ученые очень часто смѣшиваютъ его съ общимъ понятіемъ договора и принимаютъ его вездѣ,гдѣ идетъ рѣчь о послѣднемъ. Хотя, подобное смѣшеніе, породившее множество недоразумѣній, отнюдь не должно быть терпимо, — но слѣдуетъ признаться, что съ другой стороны, оно оправдывается тѣмъ, что именно въ дан-

---

(a) System. т. 3 § § 140. 141.

номъ случаѣ сущность договора представляется и раскрывается передъ нами во всей ясности.

Римскіе юристы, для обозначенія обязательственныхъ соглашеній вообще, употребляли безразлично выраженія: conventio, pactio, pactum, имѣющія одинъ и тотъ же общій смыслъ. (b)

Теперь необходимо упомянуть о нѣкоторыхъ особенныхъ видахъ обязательственныхъ соглашеній, основанныхъ на весьма важномъ разграниченіи, тѣсно связанномъ съ общимъ понятіемъ договора.

I. Различіе между legitimae и juris gentium conventiones (c) имѣетъ историческое значеніе.

Legitimae — тѣ, которыя, по своей особой сущности, имѣютъ чисто цивильное происхожденіе, т. е. неизвѣстны j. gentium; juris gentium—тѣ, которыя произошли изъ общаго права. Такое различіе договоровъ есть только частное примѣненіе изложеннаго выше однороднаго различія обязательствъ вообще. (§ 5)

Понятіе juris gentium conventio не исключаетъ ихъ признанія и дѣйствительности въ j. civile, а потому было бы грубымъ заблужденіемъ приписывать второму роду договоровъ вообще меньшую силу, нежели первому. Въ самомъ дѣлѣ, главнѣйшіе договоры втораго рода признаются въ j. civile со всѣми послѣдствіями, напр. заемъ, купля, наемъ и т. д. (d)

Legitimae conventiones по большей части, исчезли уже въ Юстиніановскомъ правѣ: такъ nexum, dolis dictio, literarum

---

(b) L. 1 § 1. 2. 3. 4 de pactis (2. 14) (Ulp.), L. 7 pr. § 1—4 eod. (Ulp.).—L. 6 eod. (Paul.).—Выраженіе conventio удачно употреблялось для обозначенія общаго понятія, такъ какъ съ словомъ pactum часто связывались особыя практическія отношенія, вытекающія изъ одного важнаго текста преторскаго эдикта. L. 7. § 7. eod.

(c) L. 5. L. 7 pr. § 1 de pactis (2. 14) Ульпіана.

(d) Gajus III. § 132.—§ 2 J. de j. nat. (1. 2).—Отрывокъ послѣднихъ текстовъ Ульпіана, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschalt т, 9. стр. 5, т. 15 стр. 375—332.

obligatio; сохранилась вполнѣ одна только стипуляція (d[1]). Въ дѣйствующемъ правѣ нѣтъ ни одной изъ нихъ.

Выраженіе это въ нѣсколько иномъ и болѣе буквальномъ смыслѣ встрѣчается у Павла. (e) У него legitima conventio означаетъ договоръ, не принадлежащій къ разряду contractus, и, слѣдовательно, самъ по себѣ неисковой, но въ нѣкоторыхъ случаяхъ (interdum), по исключенію, становящійся исковымъ въ силу санкціи, исходящей отъ lex. (f) Безъ сомнѣнія, Павелъ имѣлъ здѣсь въ виду договоры, дополнительные къ манципаціи (какова fiducia), получившіе санкцію XII таб. и ставшіе исковыми (g). Тоже, говоритъ онъ, относится къ нѣкоторымъ погашающимъ договорамъ, получившимъ, вслѣдствіе подобной санкціи, силу погашать обязательства ipso jure, тогда какъ другія nuda pacta не имѣли такой силы; въ этомъ случаѣ онъ, безъ сомнѣнія, имѣлъ въ виду неформальный договоръ о невзысканіи, который по XII таб., былъ способенъ совершенно прекратить furti или injuriarum actio (h).

Павелъ понималъ здѣсь выраженіе legitima conventio совершенно въ другомъ смыслѣ, нежели Ульпіанъ. Это видно изъ его ссылки на простыя pacta, которые становились иско-

---

(d[1]) Необходимо обратить особое вниманіе на нѣсколько различный смыслъ терминологіи. Классифицируя договоры по ихъ происхожденіи и неразрывной съ нимъ внутренней сущности, какъ сдѣлалъ Ульпіанъ (прим. c), стипуляцію слѣдуетъ отнести къ legitima, а не къ juris gentium. Напротивъ, съ точки зрѣнія личной правоспособности, какъ условія дѣйствительности стипуляціи, послѣдняя (за единственнымъ исключеніемъ) уже въ довольно древнюю эпоху стала juris gentium. Срав. выше § 5. 6.

(e) L. 6 de pactis (2. 14) „Legitima conventio est, quae lege aliqua confirmatur; et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quoties lege vel senatusconsulto adjuvatur.“

(f) Павелъ говоритъ: lege vel senatusconsulto и безъ сомнѣнія, потому, что всякій сенатусконсультъ legis vicem obtinet. Gajus. I. § 4. Имѣлъ-ли Павелъ въ виду, дѣлая эту прибавку, опредѣленные частные случаи, и какіе именно — остается нерѣшеннымъ.

(g) Шестая таблица: cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto.“ Срав. Dirksen. Глава 12.

(h) L. 17 § 1 de pactis (2. 14).

выми только по исключенію (interdum) въ силу санкціи закона—lex, и которыя, слѣдовательно, не принадлежали къ категоріи contractus, бывшихъ исковыми уже по своей общей природѣ. Напротивъ, Ульпіанъ понимаетъ подъ legitimae conventiones древнѣйшіе и торжественнѣйшіе contractus. Вотъ почему и включеніе въ Дигесты текста, принадлежащаго Павлу, въ текстъ Ульпіана является несообразностью: включеніе выражаетъ, что оба текста содержатъ въ себѣ одно понятіе о предметѣ, а на самомъ дѣлѣ, у нихъ нѣтъ ничего общаго, кромѣ одного термина, употребленнаго въ каждомъ изъ нихъ въ различномъ смыслѣ.

Такимъ образомъ, новѣйшіе юристы вполнѣ ошибаются, ссылаясь на текстъ Павла для подтвержденія настоящаго значенія термина pactum legitimum, который по ихъ мнѣнію, есть pactum, ставшій исковымъ въ силу императорскаго постановленія. Подобная терминологія была бы, пожалуй, возможна развѣ во время Юстиніана, хотя и здѣсь она ничѣмъ не подкрѣпляется; въ эпоху же Павла она была рѣшительно не мыслима, такъ какъ тогда и не было императорскихъ постановленій такого содержанія. (i)

2. Къ обязательствамъ уже возникшимъ относится дѣленіе ихъ по содержанію: на односторонніе (einseitige) и двусторонніе (или обоюдные, zweiseitige, oder gegenseitige) договоры. У Римлянъ мы не находимъ для нихъ никакихъ терминовъ.

Въ силу договора перваго рода одна сторона становится только кредиторомъ, а другая только должникомъ, и такимъ образомъ возникаетъ простѣйшее отношеніе, мыслимое въ обязательствѣ вообще. Такой договоръ представляется въ займѣ, въ дарственныхъ сдѣлкахъ, въ римской стипуляціи.

Въ договорахъ втораго рода каждая сторона является и кредиторомъ, и должникомъ вмѣстѣ, только по различнымъ дѣйствіямъ. Здѣсь возникаетъ сомнѣніе: имѣемъ-ли мы одинъ до-

---

(i) Если бы они даже и существовали то и къ нимъ, по Гаю I § 5, можно было бы примѣнить принципъ: legis vicem obtinet (Прим. f).—Положеніе, опровергаемое нами въ текстѣ, находится у Коха: Forderungen. т. 2. стр. 50.

говоръ и одно обязательство, или же совокупность многихъ договоровъ и обязательствъ, которые можно легко представить себѣ между одними и тѣми же лицами въ какомъ угодно количествѣ и разнообразіи. Но существо двусторонняго договора, отличающее его отъ подобной случайной совокупности состоитъ въ неразрывной связи обоихъ обязательствъ, такъ что одно изъ нихъ является существующимъ для другаго и рядомъ съ нимъ, и оба составляютъ только двѣ половины одной и той же юридической сдѣлки. Такой договоръ встрѣчается при продажѣ, наймѣ, товариществѣ.

Средину между обоими видами занимаютъ договоры, которые въ началѣ, по своей общей природѣ и цѣли односторонни, но впослѣдствіи изъ нихъ можетъ случайно возникнуть двустороннее обязательство, чуждое, впрочемъ, цѣли договора.— Римляне обозначали этотъ случай различнымъ названіемъ обоихъ исковъ: главный и существенный назывался directa, случайный—contraria actio. Потребность въ contraria actio обусловливалась случайными обстоятельствами, такъ какъ часто таже цѣль могла быть достигнута безъ иска, путемъ простаго вычета, т. е. эксцепціею (k). Случаи примѣненія этихъ посредствующихъ договоровъ встрѣчаются при ссудѣ, поклажѣ, довѣренности.

Для полноты слѣдуетъ еще замѣтить, что указанное различіе встрѣчается не только при договорахъ, но и при другихъ обязательственныхъ сдѣлкахъ (quasi—контрактахъ).

3. Съ точки зрѣнія внѣшней цѣли, т. е. неюридической стороны сдѣлки, различаются договоры, имѣющіе исключительною цѣлью выгоды одной стороны, и договоры—обезпечивающіе выгоды обѣихъ сторонъ.

Договоръ перваго рода всегда бываетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и одностороннимъ. Односторонняя выгода чаще всего состоитъ въ обогащеніи, т. е. въ увеличеніи имущества, какъ въ дарственныхъ сдѣлкахъ (l); но такой видъ односторонней выгоды не есть единственно возможный. При поклажѣ, напримѣръ,

---

(k) L. 18 § 4 commod. (13. 6).
(l) Сравн. System т. 4. § 157.

первоначальный поклажедатель не становится богаче, а только пользуется преимуществомъ надежнаго и удобнаго сбереженія вещи другимъ лицомъ (m).

Договоръ втораго рода (имѣющій цѣлью обоюдную выгоду) можетъ быть одностороннимъ, каковъ процентный заемъ, или двусторонним, какъ купля-продажа, наемъ.

Для обозначенія этихъ двухъ родовъ договоровъ новѣйшіе ученые употребляютъ нерѣдко выраженія conventio lucrativa (или gratuita) и onerosa, но они не подкрѣпляются римской юридической терминологіей; такимъ образомъ, мы можемъ только описательно сказать, что первый родъ договоровъ основанъ на благоволѣніи и щедрости, но при наличности условій — особыхъ, а не общихъ, опредѣляющихъ существо даренія (n).

Хотя слѣдующія дѣленія договоровъ сами по себѣ правильны и важны, но изслѣдованіе ихъ сюда не относится.

Таково дѣленіе на stricti juris и bonae fidei contractus. Оно исключительно относится къ различію исковъ, вытекающихъ изъ контрактовъ, т. е. вполнѣ совпадаетъ съ ученіемъ объ actiones stricti juris (condictiones) и bonae fidei, о которыхъ мы говорили подробно въ другомъ мѣстѣ (o). Здѣсь же необходимо только предостеречь отъ возможнаго смѣшенія этого дѣленія договоровъ съ изложеннымъ выше (подъ № 1) дѣленіемъ на legitimae и juris gentium conventiones. Ихъ не слѣдуетъ считать тождественными, такъ какъ они основаны на принципахъ совершенно различныхъ. Напр. заемъ безспорно принадлежитъ j. gentium (прим. d), тѣмъ не менѣе онъ stricti juris contractus потому, что влечетъ за собою condictio (p).

(m) Сравн. System. т. 4 § 143.
(n) Сравн. System. т. 4 § 143.
(o) System т. 5 § 218—220 и Приложеніе XIII. XIV.
(p) Указанное нами смѣшеніе можетъ найти весьма соблазнительную поддержку въ распространенномъ, но неосновательномъ мнѣніи, будто b. f. actiones принадлежатъ къ эпохѣ болѣе новаго развитія права, нежели stricti juris. Сравн. System. т. 5 стр. 116 489. 638.

Дальнѣйшее дѣленіе договоровъ на форменные (формальные) и безформенные можетъ быть разсмотрѣно ниже при изложеніи послѣдствій договоровъ (§ 72 и слѣд.). Объ общемъ принципѣ этого дѣленія мы говорили уже въ другомъ мѣстѣ (въ ученіи о выраженіяхъ воли) (q); здѣсь же замѣтимъ только, что оно тѣсно связано съ указаннымъ выше различіемъ legitimae и juris gentium conventiones.

Римское дѣленіе договоровъ на contractus и простыя раса можетъ быть разсмотрѣно не здѣсь, а только при изложеніи послѣдствіи договоровъ.

§ 53.

I. Договоръ. B. Лица Введеніе.

Юридическія нормы, касающіяся лицъ, вступающихъ въ обязательственныя соглашенія, имѣютъ по большей части столь общую природу, что выходятъ далеко за предѣлы ученія объ этихъ соглашеніяхъ, такъ что необходимо было изложить ихъ въ другихъ отдѣлахъ (a); однако нѣкоторыя изъ нихъ касаются прямо и исключительно обязательственныхъ соглашеній и потому указаніе на нихъ здѣсь будетъ какъ разъ у мѣста.

Для нагляднаго изложенія природы этихъ нормъ и ихъ важности необходимо представить себѣ обязательственное соглашеніе въ его простѣйшей и употребительнѣйшей формѣ. Если Гай покупаетъ у Сея домъ, то договаривающимися являются именно тѣ лица, между которыми должно состояться обязательство; точно также, если Гай, Сей и Мевій (или еще нѣсколько) вступаютъ въ товарищество.—Такимъ образомъ дѣйствующими въ договорѣ лицами являются тѣже, которыя вступаютъ въ обязательство въ качествѣ сторонъ. Контрагенты и стороны—одни и тѣже лица.

(q) System т. 3 § 130.

(a) System. т. § 106—112 (способность къ правоотправленію) Нѣкоторыя дополненія къ ученію о правоспособности по отношенію къ обязательствамъ находятся выше въ § 6.

Далѣе, всѣ эти лица извѣстныя, отдѣльныя личности; онѣ являются съ обѣихъ сторонъ какъ опредѣленные индивидуумы, а не отличающіеся только однимъ какимъ либо общимъ качествомъ, встрѣчающимся у многихъ различныхъ индивидуумовъ.

Но въ томъ и другомъ отношеніи бываютъ случаи, въ которыхъ обязательственное соглашеніе отступаетъ отъ упомянутой сейчасъ простѣйшей формы.

Отступленіе перваго рода состоитъ въ томъ, что контрагенты и стороны не суть тѣ же самыя лица. Въ самомъ дѣлѣ и помимо лицъ, предварительно фигурирующихъ въ договорѣ въ качествѣ контрагентовъ, мы можемъ указать случаи, въ которыхъ договоръ производитъ свое дѣйствіе на третьи лица, становящіяся чрезъ это кредиторами или должниками.

Отступленіе втораго рода состоитъ въ томъ, что договоръ и возникающее изъ него обязательство не относятся къ лицамъ стоящимъ на той и на другой сторонѣ обязательства, индивидуально опредѣленнымъ, но только ко всѣмъ лицамъ на одной сторонѣ обязательства, имѣющимъ извѣстное качество; это такое отношеніе, которое само по себѣ примѣнимо не только къ самымъ разнообразнымъ лицамъ, но способно даже, время отъ времени, измѣняться, слѣдовательно, переходить съ одного лица на другое. Для нагляднаго пониманія этого особеннаго отношенія, я укажу на важнѣйшій случай его приложенія. Существуютъ бумаги на предъявителя, по которымъ право вѣрителя связано не съ однимъ опредѣленнымъ лицомъ, а съ извѣстнымъ отношеніемъ къ документу. Вопросъ составляетъ-ли это отношеніе извѣстный видъ владѣнія или собственность, будетъ разсмотрѣнъ подробно въ своемъ мѣстѣ, здѣсь же пока достаточно только предварительно упомянуть о немъ.

Перехожу къ изслѣдованію отступленій перваго рода, состоящаго въ возможномъ воздѣйствіи договора на третьи лица.

Въ качествѣ введенія къ этому трудному и спорному ученію, укажу на истинный пунктъ затрудненія. Здѣсь рѣчь идетъ о двухъ случаяхъ, различіе которыхъ скрывается подъ неточными выраженіями. Новѣйшіе ученые часто недостаточно разли-

чали эти случаи; а также и римскіе юристы не избѣгли здѣсь неопредѣленности и смѣшенія. Ясное и полное пониманіе истиннаго отношенія затрудняется особенно тѣмъ, что оба случая имѣютъ между собою нѣкотораго рода сродство и во многихъ пунктахъ переходятъ одинъ въ другой.

Первый — есть представительство (Stellvertretung). Это важное отношеніе встрѣчается не только въ договорахъ, но и во многихъ свободныхъ дѣйствіяхъ, почему я говорилъ о немъ подробно въ другомъ мѣстѣ (b). Здѣсь же, въ приложеніи къ договорамъ, воздѣйствіе этого отношенія на третье лицо только кажущееся, и на самомъ дѣлѣ оно установляетъ только особенную форму, въ которой выражается свободное дѣйствіе, необходимое для договора. Напр. Тицій довѣряетъ Гаю купить отъ своего (Тиція) имени у Сея домъ; по исполненіи порученія, лицами, дѣйствительно участвующими въ дѣлѣ, являются Тицій и Сей; контрагентами и сторонами представляются тѣже лица, и было бы несправедливо видѣть здѣсь воздѣйствіе договора на третье лицо. Сущность случая состоитъ, напротивъ, только въ томъ, что Тицій, который могъ бы выразить свою волю словесно или письменно, прибѣгнулъ для этой цѣли къ посредничеству третьяго лица; но послѣднее является не болѣе, какъ органомъ настоящаго контрагента Тиція, а само по себѣ не имѣетъ никакого отношенія къ обязательству.

Второй случай касается воздѣйствія договора на третье лицо помимо представительства. Если Гай заключаетъ съ Сеемъ договоръ о томъ, что бы Тицій уплатилъ Гаю или получилъ отъ него 100 руб. и если Тицій ничего не знаетъ о сдѣлкѣ и, слѣдовательно, не давалъ на это никакого полномочія, то опять Гай и Сей только являются дѣйствующими въ договорѣ контрагентами; однако Тицій, по смыслу договора, становится должникомъ (или кредиторомъ). И такъ, здѣсь контрагенты не вполнѣ совпадаютъ съ сторонами; напротивъ, договоръ долженъ воздѣйствовать на третье лицо, чуждое контрагентамъ.

(b) System. т. 3. § 113. Гдѣ мы сдѣлали краткій очеркъ приложенія представительства къ обязательственнымъ соглашеніямъ.

Такимъ образомъ, оба случая совершенно различаются между собою и каждый изъ нихъ долженъ стать предметомъ спеціальнаго изслѣдованія (c), изъ котораго выяснятся точки ихъ соприкосновенія и тѣ особенныя причины, по которымъ римскіе юристы различали оба не такъ строго, какъ бы слѣдовало.

Впрочемъ, второй случай представляетъ нѣкоторое значеніе только по своему отношенію къ первому, въ смыслѣ его противоположности, а потому для упрощенія изслѣдованія, необходимо разсмотрѣть ихъ вмѣстѣ съ общей точки зрѣнія представительства.

§ 54.

I. Договоръ. Лица. Представительство.

Литература.

H. Giphanii lecturae Altorphinae p. 562 sq. (ad. L. 11 de O. et. A.).

Donnellus Comm. de j. civ. Lib. 12 c. 16—19.

— Comm. ad tit. de V. O. Francof. 1577 f. fol. 76—94 (in L. 38 § 17 de V. O.).

Mühlenbruch. Cession der Forderungsrechte § 9—14, 3-е изданіе 1836 стр. 85—147.

Puchta. Pandecten und Vorlesungen 273—279.

— Cursus der Institutionen т. 2 § 203 n.

Wangerow стр. 289—299.

H. Buchka, die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. Rostock und Schwerin 1852. 8.—Здѣсь вмѣстѣ съ тѣмъ (§ 15 и слѣд). встрѣчается богатое сопоставленіе различныхъ мнѣній древнѣйшихъ и новыхъ писателей.

(c) Первый въ § 54—58, второй—въ § 59.

Возможность и дѣйствіе представительства при обязательственныхъ соглашеніяхъ я уже изложилъ въ другомъ мѣстѣ съ большою подробностью (a).

Но здѣсь недостаточно только ограничиться ссылкою на предшествующее изслѣдованіе: и необходимо сдѣлать къ нему двоякое дополненіе; во первыхъ, отмѣтить отдѣльные моменты въ развитіи этого юридическаго института, что прежде было не у мѣста, и во вторыхъ, подкрѣпить изложенные тамъ взгляды, противорѣчащіе взглядамъ новѣйшихъ писателей.

Главныя положенія изложеннаго много ученія, которое я считаю правильнымъ и до сихъ поръ, суть слѣдующія:

A. Дѣти подъ отеческою властью, а также рабы, способны, въ силу заключенныхъ ими обязательныхъ соглашеній пріобрѣтать претензіи для отца семейства, и тѣмъ самымъ обогащать его.

B. Такой результатъ ихъ дѣйствій не только возможенъ, но и необходимъ. Онъ независитъ ни отъ ихъ собственной воли,— ни отъ знанія и воли домовладыки, (b) ни отъ выраженій, употребленныхъ при такой сдѣлкѣ (c).

C. Напротивъ, они неспособны, въ силу своихъ договоровъ, сдѣлать домовладыку должникомъ, т. е. уменьшить его имущество; и это также независитъ отъ воли домовладыки.

D. Всѣ прочія лица (liberae, extraneae personae) одинаково неспособны, вслѣдствіе своего представительства при обязательственныхъ соглашеніяхъ, сдѣлать третье лицо кредиторомъ или должникомъ и неспособность эта не зависитъ отъ воли третьяго лица (d).

(a) System т. 3 § 113.

(b) L. 62 de V. O. (45. 1) „Servus vetante domino si pecuniam ab alio stipulatus sit, nihilominus obligat domino promissorem.“

(c) Все равно: говоритъ-ли рабъ въ стипуляціи dari или mihi dari, или domino dari, или же самъ стипулирующій домовладыка выражается mihi dari или servo meo dari; всегда право требованія пріобрѣтается домовладыкою. § 4 J. de inut. stip. (3. 19), L. 38 § 17 L. 39. 40. 130 de V. O. (45. 1).—Въ этомъ состоитъ истинное значеніе unitas personae. L. 11 C. de impub. (6. 26). Рабъ есть общее орудіе пріобрѣтенія для своего господина.

(d) L. 126 § 2 de V. O. (45. 1) „Respondi: per liberam personam, quae neque juri nostro subjecta est, neque bona fide nobis servit, obligationem nullam adquirere possumus.“

Такъ гласитъ строгій, рѣшительный принципъ древняго права (e). Но съ оживленіемъ и усложненіемъ оборота онъ оказался недостаточнымъ. Многочисленныя преобразованія, вызванныя потребностями, могутъ быть сведены къ двумъ категоріямъ.

I. Рядомъ съ принципомъ установлено было нѣсколько настоящихъ исключеній, освященныхъ отчасти вновь введенными преторскими исками, отчасти обыкновенными личными исками, которые преторъ дозволялъ или запрещалъ въ тѣхъ случаяхъ, когда древній принципъ могъ бы привести къ противуположнымъ послѣдствіямъ.

II. Самъ принципъ былъ преобразованъ въ томъ смыслѣ, что примѣненіе его ограничивалось контрактами извѣстнаго рода; по отношенію къ другимъ онъ потерялъ силу.

I. Исключенія изъ древняго принципа, получившія силу отъ вновь введенныхъ преторскихъ исковъ.

Сюда принадлежатъ: actio exercitoria, institoria, de peculio; tributoria, quod jussu, de in rem verso; самые важные первые три, они же имѣютъ самое широкое приложеніе (f).

Эти исключенія относятся къ той части вышеизложеннаго принципа, по которой никто не имѣлъ права, въ качествѣ представителя другаго лица, заключить договоръ, возлагающій на послѣднее обязанности должника.

Общіе источники этого юридическаго института.

Gajus IV. § 70—74.

Inst. IV. 7 quod sum ec.

Cod. IV. 25 и IV. 56.

1. Actio exercitoria. Dig. XIV. 1. Paulus II. 6.

Когда корабельщикъ (exercitor) не самъ ведетъ свой корабль, а поручаетъ его другому (magister), то, въ силу договоровъ

(e) Между принципомъ, касающимся договоровъ и возможностью или невозможностью сдѣлаться богаче или бѣднѣе въ силу дѣйствій третьяго лица, имѣющихъ цѣлью произвести измѣненія въ собственности, существуетъ полная параллель.

(f) Мы сдѣлали уже краткій обзоръ этихъ исковъ (§ 21), по поводу возникающихъ изъ нихъ корреальныхъ обязательствъ.

этого другаго, онъ можетъ быть преслѣдуемъ личнымъ искомъ, называемымъ exercitoria actio. Потребность представительства съ подобными послѣдствіями, была особенно настоятельна потому, что договоры, о которыхъ идетъ рѣчь, часто заключались въ такомъ отдаленіи отъ карабельщика, что невозможно было испросить его согласія на договоръ (g).

Для возможности иска безразлично: былъ-ли magister свободное лице или находился въ семейной зависимости отъ карабельщика (h); въ послѣднемъ случаѣ впрочемъ потребность въ новомъ искѣ была настоятельнѣе. Свободный magister всегда имѣлъ право на регрессивный искъ къ карабельщику и могъ передать его третьему контрагенту; сынъ или рабъ карабельщика не имѣлъ подобнаго регрессивнаго иска.

Actio exercitoria могла быть основана на всякомъ договорѣ, заключенномъ magister'омъ въ предѣлахъ своего полномочія. Слѣдовательно, третьи лица, для обезпеченія своего иска, должны были освѣдомиться объ этихъ предѣлахъ, но отъ нихъ не требовалось ни знанія цѣлесообразности договора, ни увѣренности въ добросовѣстности дѣйствій magister'а (i).

Договоръ ближе всего обязываетъ по отношенію къ третьему лицу всегда самаго magister'а и actio exercitoria противъ карабельщика не исключаетъ иска противъ magister'а (k). Третье лицо имѣетъ, такимъ образомъ, право выбора между двумя должниками, обязавшимися ему солидарно; та же солидарная отвѣтственность лежитъ на многихъ карабельщикахъ одного корабля (прим. f.).

Напротивъ, не было никакой надобности и возможности предъ-

(g) L. 1 pr. § 1 de exerc. (14. 1).

(h) L. 1 § 4 eod. Даже дѣйствія чужаго раба, которымъ карабельщикъ пользуется какъ magister'омъ, могли служить основаніемъ actio exercitoria противъ карабельщика.

(i) L. 1 § 3 § 7—14, L. 7 pr. § 1 eod.—Договоры, имѣющіе цѣлью поправку корабля, считаются всегда лежащими въ предѣлахъ полномочія, хотя бы этотъ пунктъ и не былъ прямо выраженъ.

(k) Hoc edictō non transfertur actio, sed adjicitur. L. 5 § 1 eod.— Отсюда выраженіе, употребительное у новѣйшихъ ученыхъ: actiones adjectitiae qualitatis.

явить actio exercitoria отъ лица корабельщика къ третьему контрагенту. Корабельщикъ предъявлялъ искъ прямо къ нему только, если его сынъ или рабъ вступили въ договоръ; если же magister былъ человѣкъ свободный, то онъ всегда могъ и долженъ былъ цедировать корабельщику свой искъ къ третьему лицу (l).

2. Actio institoria. Dig. XIV. 3. Paulus II. 8.

Этотъ искъ есть не болѣе, какъ обобщеніе exercitoria actio; слѣдовательно, веденіе какихъ бы то ни было коммерческихъ дѣлъ уполномоченнымъ, имѣющимъ между прочимъ право заключать договоры съ третьимъ лицомъ, представляется примѣненіемъ юридическихъ нормъ, касающихся морскихъ предпріятій, къ коммерческимъ предпріятіямъ другаго рода (m). Потребность въ представительствѣ въ этомъ случаѣ менѣе настоятельна нежели при морскихъ предпріятіяхъ, такъ какъ здѣсь самъ предприниматель, по большей части, вблизи отъ мѣста предпріятія, а потому можетъ вести его лично. Вотъ почему искъ этотъ пользуется меньшимъ покровительствомъ и не такъ распространенъ, какъ exercitoria (n).

И здѣсь также необходимо, чтобы договоръ былъ заключенъ въ предѣлахъ даннаго полномочія; но третье лицо не обязано освѣдомляться о цѣлесообразности договора и добросовѣстности дѣйствій institor'a (o).

(l) L. 1 § 18 L. 5 pr eod. Если, вслѣдствіе чрезвычайныхъ обстоятельствъ, это правило было недостаточно, то корабельщику давался искъ extra ordinem.

(m) L. 1 L. 18 L. 3. 4. 5 de instit. (14. 3).—Въ этомъ случаѣ искъ получаетъ названіе не по имени предпринимателя (какъ exercitoria), а уполномоченнаго, для котораго у Римлянъ существовало общее названіе institor; у насъ нѣтъ подобнаго общаго названія. Мы называемъ его то ректоромъ, то директоромъ, то управляющимъ фабрикою или имѣніемъ и т. д. Только лица эти часто не имѣютъ права самостоятельно заключать договоры. — Institor также можетъ быть лицомъ свободнымъ или подвластнымъ. L. 7 § 1 eod.

(n) L. 1 pr. § 5 de exerc. (14. 1).—Такимъ образомъ magister можетъ назначить вмѣсто себя другаго magister'a (что, напр., въ случаѣ болѣзни, бываетъ необходимо); institor не имѣетъ этого права. L. 1 § 5 cit.

(o) L. 5. § 11—13 L. 11 § 5 de inst. (14. 3), L. 7 § 2 de exerc. (14. 1).

Договоромъ обязывается ближе всѣхъ institor, затѣмъ вмѣстѣ съ нимъ предприниматель, такъ что и здѣсь третій контрагентъ имѣетъ право выбора между двумя отвѣтчиками (p).

Искъ этотъ былъ введенъ не для обезпеченія правъ предпринимателя по отношенію къ третьему контрагенту; для этой цѣли служили обыкновенныя средства правосудія (q).

3. Actio de peculio. Dig. XVI и 2. Cod. Theod. 11. 32.

Этотъ искъ предполагаетъ, что отецъ семейства предоставилъ своему сыну или рабу самостоятельное управленіе отдѣльной частью своего имущества (r). Этимъ самымъ онъ сдѣлалъ его, такъ сказать, institor'омъ этого имущества, при чемъ не было рѣчи о какомъ либо опредѣленномъ предпріятіи.

Вслѣдствіе договоровъ управителя отецъ семейства обязанъ отвѣтственностью въ силу actio de peculio. Но и здѣсь дѣло третьяго лица—освѣдомиться о предѣлахъ полномочія въ управленіи пекуліемъ (s). Нѣкоторыя дѣйствія даже при свободномъ управленіи предполагаются недозволенными, именно дары, требующіе особеннаго дозволенія (t).

Обязательство отца семейства ограничивается наличнымъ объемомъ пекулія, за уступкою котораго онъ всегда освобождается отъ иска (u). Кромѣ того здѣсь существуетъ еще спеціальное правило о подразумѣваемомъ вычетѣ (deductio) изъ пекулія долговъ сына отцу и о таковомъ же причисленіи къ пекулію (v) долговъ отца.

(p) L. 7 § 1 L. 13 § 1. 2 de inst. (14. 3), срав. выше примѣч. f.

(q) L. 1 § 2 eod., L. 5 de stip. praet. (46. 5), срав. примѣч. l.

(r) L. 46, L. 40 pr. § 1, L. 5 § 4, L. 8 de pec. (15. 1). — Болѣе подробное изложеніе вопроса относится къ области семейнаго права.

(s) L. 48, L. 7. § 1 de pec. (15. 1), L. 1 § 1 quae res pign. (20. 3).

(t) L. 7. pr. § 1. 2. 3 de don. (39. 5), L. 1 § 1 quae res pign. (20. 3), Sueton. Tiber. C. 15.

(u) L. 32 § 1, L. 30 pr. § 4 de pec. (15. 1), L. 21 pr., L. 9 § 4 eod.

(v) L. 5 § 4, L. 9 § 2—8 de pec. (15. 1), L. 38 pr. § 1. 2 de cond. ind. (12. 6).

4. Actio tributoria. Dig. XIV. 4.

Это обыкновенная actio de peculio, отступающая отъ изложенныхъ сейчасъ правилъ въ одномъ спеціальномъ случаѣ, когда сынъ или рабъ ведетъ предпріятіе съ вѣдома домовладыки. Здѣсь послѣдній не имѣетъ указаннаго права deductionis (прим. v) своихъ собственныхъ долговъ, а долженъ дѣлить наличный пекулій наравнѣ съ другими кредиторами. (w)

5. Actio quod jussu. Dig. XV. 4. Cod. Theod. II. 31.

Римляне очень скоро должны были признать неестественнымъ то правило, что всякій отецъ семейства, вслѣдствіи договоровъ своихъ дѣтей или рабовъ, даже безъ своего вѣдома могъ безусловно пріобрѣтать претензіи,—не становясь между тѣмъ посредствомъ ихъ должникомъ, даже съ своего согласія.

Правило это было непосредственно устраненно преторскимъ искомъ quod jussu. — И вотъ всякій договоръ сына или раба сталъ возлагать уже на отца обязанности должника, если только отецъ въ какой бы то ни было формѣ, письменно или устно, прежде или послѣ, выразилъ что договоръ исходитъ изъ его воли. Не было необходимости въ томъ, чтобы воля выразилась въ формѣ приказанія (на что, повидимому, указываетъ слово jussu); довольно было яснаго выраженія воли; слѣдовательно, она могла имѣть форму порученія или послѣдующаго согласія (x).

Предъидущіе иски основывались на продолжительномъ управленіи, т. е. на разнообразныхъ юридическихъ операціяхъ, которыя не могутъ быть сведены къ одной. Настоящій же искъ всегда касается одной юридической сдѣлки, о которой отецъ семейства могъ и долженъ былъ знать точно.

6. Actio de in rem verso. Dig. XV. 3. Paulus II. 9.

Этотъ искъ имѣетъ съ предыдущимъ ту аналогію, что ставитъ

(w) Онъ долженъ in tributum ire съ другими кредиторами. Этотъ искъ аналогиченъ, но не тождественъ съ institoria actio. L. 11 § 7 de inst. (14. 3), L. 7 § 11 de Sc. Mac. (14. 6).

(x) L. 1 § 1—6, L. 3 quod jussu (15. 4).—Срав. Chambon объ actio quod jussu. Beiträge zum Obligationenrecht т. 1. Jena. 1851, стр. 175—268. Здѣсь же, на стр. 193—201, находится замѣчательное изслѣдованіе эпохи, слѣдующей за введеніемъ преторскихъ исковъ, о которыхъ мы говоримъ.

отца семейства въ положеніе должника и отвѣтчика, въ силу отдѣльныхъ договоровъ домочадцевъ, состоящихъ подъ его властью; разница же между ними въ томъ, что при искѣ quod jussu основаніемъ обязанности служитъ воля отца, здѣсь же совершенно иное обстоятельство, именно, что договоръ долженъ приносить и на самомъ дѣлѣ приноситъ выгоды отцу семейства; такъ что послѣдній обогатился бы безъ основанія, если бы противъ него не давалось иска. (y)

Сынъ или рабъ, заключающій договоръ, можетъ при этомъ имѣть и пекулій. Тогда тотъ же договоръ рождаетъ противъ отца два возможныхъ иска, изъ которыхъ каждый имѣетъ свои особенные преимущества и предѣлы. Искъ de peculio ограничивается наличнымъ объемомъ пекулія, а искъ de in rem verso—количествомъ полученной прибыли. Отсюда искъ можетъ разростись до соединенія выгодъ обѣихъ actiones, такъ какъ истецъ въ состояніи привести въ свою пользу и то и другое юридическое основаніе. (z)

По одному, весьма распространенному прежде мнѣнію, этотъ искъ долженъ былъ даваться, какъ utilis actio, если договоръ заключался не сыномъ или рабомъ, но свободнымъ, независимымъ человѣкомъ. Такое мнѣніе основано на слѣдующемъ недоразумѣніи. Свободный человѣкъ, заключающій договоръ въ моихъ интересахъ, всегда имѣетъ противъ меня права регрессивнаго иска, а именно actio mandati contraria, или negotiorum gestorum contraria, смотря потому, дѣйствовалъ ли онъ по моему порученію, или нѣтъ. Этотъ искъ онъ можетъ и долженъ уступить противъ меня третьему контрагенту и такимъ образомъ, не было никакой нужды въ новой преторской выдумкѣ для созданія ему иска противъ меня. Напротивъ,

---

(y) L. 1 pr. L. 3 L. 5 L. 7 § 4. 5 L. 10 § 4. 7 de in rem verso (15. 3).

(z) L. 1 § 1 L. 5 § 2 de in rem verso (15. 3), § 4 J. quod cum eo (4. 7), „licet enim una est actio...tamen duas habet condemnationes,“ т. е. по древнему процессу, искъ долженъ былъ обнимать только одну intentio, но съ двумя condemnationes, соединенными вмѣстѣ; судья долженъ былъ вычислить ихъ сумму и образовать изъ нея общую condemnatio. Keller Litiscontestatio., стр. 428, 429.

если мой сынъ или рабъ заключилъ договоръ въ мою пользу, то онъ не могъ имѣть противъ меня подобнаго регрессивнаго иска (какъ и вообще никакого иска), слѣдовательно, не могъ также цедировать его третьему лицу. Поэтому здѣсь необходимо было дополненіе дѣйствовавшаго права преторскимъ искомъ de in rem verso, котораго не требовалось тамъ, гдѣ фигурировалъ свободный контрагентъ. (aa)

Слѣдовательно actiones называемыя adjectitiae qualitatis представляются въ такомъ видѣ, что кредиторъ имѣетъ двухъ должниковъ изъ которыхъ можетъ преслѣдовать каждаго по своему произволу и если избираетъ искъ преторскій, то въ основаніи его лежитъ обязательство, сопряженное съ представительствомъ. Такое понятіе, съ точки зрѣнія практическихъ результатовъ, совершенно правильно и согласно со взглядами и формами юстиніановскаго права; но въ отношеніи къ древнѣйшему праву слѣдуетъ допустить въ немъ слѣдующія модификаціи. Если, наприм., договоръ заключилъ magister, то, очевидно, онъ одинъ и былъ должникомъ по обязательству; dare oportere можетъ быть утверждаемо только по отношенію къ нему, и только онъ одинъ упоминался въ intentio съ этимъ выраженіемъ. Что касается exercitor'a, то его касалось не

(aa) Keller diss. ad. L. 32 de peculio. Göttingen 1822. — Исковое право третьяго лица прямо признано въ L. 7 § 1 C. quod cum eo (4. 26); но его слѣдуетъ понимать и толковать, какъ это мы и сдѣлали въ текстѣ, не въ смыслѣ позднѣйшаго распространенія преторской actio de in rem verso. На основаніи постепеннаго усовершенствованія a. negotiorum gestorum contraria, можно было бы допустить, что третье лицо имѣло уже и безъ того право непосредственнаго иска къ отцу семейства, такъ какъ существованіе опредѣленнаго и именно настоящаго хозяина предпріятія не составляло условія этого иска, а требовалось только намѣреніе обязать постороннее лицо (L. 5 § 1 L. 31. 36. de neg. gest. 3. 5, L. 14 § 1 comm. div. 10. 3).—Тогда въ преторской a. de in rem verso, какъ суррогата act. quod jussu, идущей съ ней параллельно, не было бы никакой нужды. Но необходимо имѣть въ виду, что болѣе свободное развитіе исковъ совершалось незамѣтно, а потому существовалъ, быть можетъ, моментъ когда actio de in rem verso была принята въ эдиктъ прежде упомянутаго распространенія a. negotiorum gestorum или всеобщаго ея признанія.

обязательство, а искъ (condemnari oportere); онъ долженъ былъ отвѣчать по иску, возбужденному противъ другаго, и эта обязанность его выражалась въ condemnatio.

Всѣ указанные нами претерскіе иски были, очевидно, введены потому, что для тѣхъ случаевъ, гдѣ они употреблялись, цивильное право не давало прямыхъ исковъ. Поэтому, можетъ показаться страннымъ, что по смыслу многихъ текстовъ, кредитору, рядомъ съ ними, давались еще иски прямые. (bb) Это кажущееся противорѣчіе старались устранить соображеніемъ, что примѣненіе цивильныхъ исковъ, съ теченіемъ времени, вышло за предѣлы своей первоначальной области (cc). Но, при такомъ предположеніи, преторскіе иски сдѣлались бы впослѣдствіи излишними, а между тѣмъ они вездѣ представляются важными и даже необходимыми въ практическомъ отношеніи. Истинное разрѣшеніе затрудненія въ томъ, что въ упомянутыхъ текстахъ говорится не о примѣненіи исковъ вообще, а только одного цивильнаго иска, именно condictio. Сверхъ того послѣдняя имѣетъ здѣсь въ виду только тѣ случаи, когда сынъ или рабъ получаетъ денежный заемъ, съ согласія домовладыки или въ его интересахъ. Въ силу такой сдѣлки домовладыка пріобрѣтаетъ деньги въ собственность, а потому предъявленіе къ нему прямаго иска по займу представляется весьма основательнымъ (dd). Но какъ скоро эта только юридическая сдѣлка служила основаніемъ самостоятельнаго цивильнаго иска противъ домовладыки, то ужъ по одному этому болѣе широкіе и общіе преторскіе иски не могли быть излишними. (ee)

(bb) § 8 J. quod cum eo (4. 7). L. 29 de reb. cred. (12. 1), L. 5 pr. quod jussu (15. 4), L. 17 § 4. 5 de instit. (15. 3).

(cc) Напр. Шрадеръ въ своемъ изданіи институцій въ прим. къ § 8. J. quod cum eo (4. 7).

(dd) Въ послѣднихъ двухъ приведенныхъ текстахъ (прим. bb) о займѣ прямо упоминается, какъ объ основаніи иска.—Объ этомъ случаѣ займа, въ отношеніи къ представительству, рѣчь будетъ еще впереди. (§ 57).

(ee) Съ изложеннымъ мною взглядомъ согласенъ Chambon (см. выше прим. x), стр. 251—268.—Правильность его подтверждает-

§ 55.

1. Договоръ. В. Лица. Представительство. (Продолженіе).

Древній принципъ представительства (§ 54) былъ еще рано ограниченъ цѣлымъ рядомъ исключеній. Одни изъ нихъ основаны на вновь-введенныхъ преторскихъ искахъ, о которыхъ мы уже говорили (§ 54); другія были установлены прямымъ вмѣшательствомъ претора, допускавшаго или недопускавшаго обыкновенные личные иски, отступавшіе отъ древнихъ принциповъ, смотря потому насколько того требовала настоятельная практическая необходимость. Разсмотримъ этотъ второй разрядъ исключеній.

7. Договоры опекуновъ.

Опекунъ, становящійся во имя интересовъ своего пупилла кредиторомъ или должникомъ, является постороннимъ представителемъ, неспособнымъ, слѣдовательно, по древнимъ принципамъ, къ дѣйствительному представительству. Поэтому всѣ права и обязанности относились къ самому опекуну, и въ результатѣ предвидѣлось множество затрудненій и опасностей, вовсе невходившихъ въ цѣль института (a).

Возможность для опекуна вычитать предварительно изъ кас-

ся еще слѣдующимъ обстоятельствомъ. Въ указанныхъ мною текстахъ изъ институцій (прим. bb) допущена самая широкая конкуренція condictio съ нашими преторскими исками; въ нихъ умалчивается только объ actio de peculio — и на томъ именно основаніи, что, если получаетъ денежный заемъ сынъ, то и condictio противъ отца и actio de peculio исключается въ силу exc. Sc. Macedoniani (L. 6. C. ad. Sc. Mac. 4. 28, L. 7. § 10 D. eod. 14. 6), тогда какъ ни institoria, ни прочіе вышепоименованные иски, не исключаются этою эксцепціею. L. 7 11. 12. L. 17. de Sc. Mac. 14. 6.

(a) Слѣды этого строгаго принципа находятся въ L. 11 § 6 de pign. act. (13. 7), L. 5 C. quando ex facto (5. 39)—Неопредѣленныя выраженія non semper и nisi certis ex causis въ этихъ текстахъ объясняются послѣдующими модификаціями самаго принципа (§ 56).

сы пупилла всѣ долги, принимаемые на свой счетъ,—представлялась на первый разъ дѣйствительнымъ исходамъ. Если, при окончаніи опеки, оказывались неоконченные разсчеты, то юридическія отношенія разрѣшались: вычетами, цессіями и новаціями.

Вполнѣ достаточное юридическое средство состояло въ томъ, что пупиллъ самъ вступалъ въ договоръ, а опекунъ давалъ только свое согласіе; такимъ образомъ право и обязанность прямо переходили на лицо пупилла. Но это средство было не приложимо въ періодъ дѣтства пупилла и въ томъ случаѣ, когда онъ и опекунъ жили не въ одномъ мѣстѣ.—Наконецъ, можно было прибѣгнуть и къ такому средству: опекунъ самъ не заключалъ стипуляціи, а поручалъ ея заключеніе рабу пупилла; тогда прямымъ кредиторомъ являлся пупиллъ. Впрочемъ, раба могло и не быть, при томъ же рабъ считался не правоспособнымъ къ судебнымъ дѣйствіямъ.

Если, по окончаніи опеки, активные и пассивные долги, относящіеся къ пупиллу, числились еще за опекуномъ, то преторъ разрѣшалъ затрудненіе прямымъ своимъ вмѣшательствомъ въ дѣло: онъ отказывалъ въ искахъ въ пользу и противъ опекуна, и дозволялъ иски въ пользу и противъ пупилла совершенно такъ, какъ бы послѣдній былъ самъ настоящимъ кредиторомъ или должникомъ. Онъ прибѣгалъ къ этому средству особенно, когда опекунъ лично вступалъ въ обязательство, и не по произволу и невѣденію, а потому, что не могъ этого избѣгнуть вслѣдствіе одной изъ вышеуказанныхъ причинъ (напр. дѣтства пупилла) (b).

Подобнымъ же образомъ опекунъ, въ началѣ опеки, давалъ обезпеченіе, обязываясь отвѣчать по стипуляціи, заключенной рабомъ пупилла, публичнымъ рабомъ, или даже какимъ нибудь чиновнымъ лицомъ (c).

(b) L. 2 pr. L. 9 pr. de adm. (26). 7, L. 26 C. eod. (5. 37.—L. 5. 6. 7. 8. quando ex facto (26. 9), L. 1. 2. 3. 4 C. eod. 5. 36).—L. 26 de R. C. (12. 1), L. 5 § 9 de pec. const (13. 5.).

(c) L. 1 § 15. de mag. conv. (27, 8), L. 2. 3. 4 pr. L. 6 rem pup. (46. 6).

Также при усыновленіи (Adrogation) несовершеннолѣтняго, публичный рабъ обезпечивалъ посредствомъ стипуляціи права будущихъ неизвѣстныхъ претендентовъ на его имущество (d).

8. Договоры управителя городскими имуществами (e).

Здѣсь отношенія аналогичны съ опекунскими. И въ этомъ случаѣ вполнѣ дѣйствительное средство состояло въ приказаніи, данномъ рабу, принадлежащему корпораціи, пріобрѣсти претензію посредствомъ стипуляціи. Безъ этой процедуры самъ управитель становился прямымъ кредиторомъ или должникомъ; но случалось, что иски, въ формѣ utiles actiones, возникали прямо въ пользу или противъ города (f).

9. Представительство сторонъ въ процессѣ (g).

Вслѣдствіе процесса происходятъ самыя разнородныя права и обязанности: во 1-хъ, actio judicati, право, принадлежащее истцу противъ обвиненнаго отвѣтчика; и во 2-хъ, права, вытекающія изъ стипуляцій, сопряженныхъ съ процессомъ, и въ особенности изъ стипуляціи judicatum solvi.

Когда тяжба велась съ одной стороны не лично тяжущимися (истцомъ или отвѣтчикомъ), а повѣреннымъ, то, по правиламъ древняго процесса, нужно было различать: былъ-ли этотъ представитель cognitor или procurator. Въ первомъ случаѣ права и обязанности относились прямо къ тяжущемуся, не къ представителю,—во второмъ—прежде всего къ представителю, (прокуратору), не къ тяжущемуся и слѣдовательно могли быть перенесены на него впослѣдствіи не иначе, какъ путемъ цессіи или простаго учета,—въ крайнемъ же случаѣ и путемъ иска между тяжущимся и прокураторомъ (h).

(d) L. 18. L. 19 pr. § 1 de adopt. (1. 7).

(e) О правѣ управленія actores или syndici какой либо res publica, срав. System. т. 2. § 92.

(f) L. 18 § 13 ad mun. (50. 1), L. 11 pr. § 1 de usuris (22. 1), L. 5 § 7. 8. 9. de pec. const. (13. 5), L. 27 de R. C. (12. 1).

(g) Объ этомъ случаѣ мы упоминаемъ здѣсь только мимоходомъ для полноты; подробное его изложеніе относится къ исторіи процесса. Срав. объ этомъ Bethmann—Hollweg, Versuche, стр. 225—232.

(h) Vatic. Fragm. § 317. 331. 332.—Keller, Litiscontestation § 39—41.—Также и по отношенію къ cognitor'у существовала такая

Въ Юстиніановскомъ правѣ cognitor совершенно исчезъ.— Съ другой стороны, и упомянутый сейчасъ принципъ, относящійся къ прокураторамъ, еще за долго до Юстиніана потерялъ свою первоначальную строгость. Напротивъ, преторъ, въ виду практическихъ потребностей, по своему личному произволу, и не смотря на возникновеніе исковъ собственно въ пользу и противъ прокураторовъ, модифицировалъ ихъ въ пользу и противъ самихъ сторонъ.—Впрочемъ, все это совершалось не въ смыслѣ общей отмѣны древнихъ принциповъ права, но по мѣрѣ надобности въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, т. е. только causa cognita (i).

Что касается обязательствъ въ процессахъ, веденныхъ представителями, то рядъ отдѣльныхъ исключеній болѣе и болѣе вытѣснялъ въ этой области древніе принципы представительства (§ 54).

§ 56.

I. Договоръ. Лица. Представительство. (Продолженіе)

И такъ, древній принципъ представительства (§ 54) былъ ограниченъ вслѣдствіе цѣлаго ряда отдѣльныхъ исключеній. (§ 54. 55) Мало того; самъ онъ подвергся видоизмѣненію: его ограничили договорами извѣстнаго рода, по отношенія же къ прочимъ договорамъ онъ потерялъ всякую силу.

Разсмотримъ это видоизмѣненіе. Оно связано съ упомянутымъ выше дѣленіемъ договоровъ на формальные и не формальные (§ 52

форма, что condemnatio главнымъ образомъ относилась къ нему, но actio judicati противъ него не допускалась. Самъ тяжущійся могъ быть преслѣдуемъ или путемъ actio judicati или прямо посредствомъ stipulatio judicatum solvi, которую онъ совершилъ.

(i) Вотъ главнѣйшіе тексты: L. 17—28 L. 68 de proc. (3. 3), L. 79 de V. O. (45. 1), L. 5 de stip. praet. (46. 5).—Трудность ихъ толкованія и сомнѣніе, что они относятся именно къ этому предмету, объясняются главнымъ образомъ постепеннымъ исчезновеніемъ cognitor'овъ—что повело ко многимъ интерполяціямъ.

q.). Относительно первой категоріи древній ограничительный принципъ сохранилъ силу; относительно второй онъ былъ всецѣло отвергнутъ. Это важное измѣненіе не было результатомъ какого либо внѣшняго предписанія. Оно совершилось не вдругъ и не такимъ образомъ, чтобы можно было опредѣлить его начальный моментъ; напротивъ, оно росло постепенно, извнутри, и по мѣрѣ того, какъ практическая необходимость въ отдѣльныхъ случаяхъ требовала большей свободы. Однако мы находимъ одинъ замѣчательный текстъ, содержащій принципъ такого примѣненія и прямо упоминающій о противоположности обѣихъ категорій юридическихъ сдѣлокъ. Для правильнаго пониманія этого важнаго текста необходимо предварительно вспомнить, что строгіе принципы древности, какъ и позднѣйшая ихъ модификація, относились не только къ источникамъ обязательствъ, т. е. къ договорамъ, но ко всѣмъ юридическимъ сдѣлкамъ вообще, предметомъ которыхъ служило имущество. Такимъ образомъ, въ сферѣ права собственности и связанныхъ съ нею юридическихъ институтовъ дѣти и рабы считались способными увеличить имущество отца семейства, путемъ пріобрѣтенія, но не уменьшить его путемъ отчужденія; свободныя же лица должны были считаться неспособными ко всякому представительству другаго лица въ тѣхъ юридическихъ сдѣлкахъ, которыми увеличивалось или уменьшалось количество его имущества (a).

Этотъ то строгій принципъ, относящійся къ юридическимъ сдѣлкамъ, касающихся собственности, сохранился впослѣдствіи для всѣхъ формальныхъ сдѣлокъ; для неформальныхъ онъ потерялъ силу.

Упомянутый текстъ, содержащій принципъ измѣненія и противоположность обѣихъ категорій юридическихъ сдѣлокъ, гласитъ (b):

> Modestinus (c) lib. XIV. ad Q. Mucium. Ea, quae civiliter adquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt,

---

(a) Срав. System т. 3 § 113;
(b) L. 53 de adqu. rer. dom. (41. 1).
(c) О достовѣрности этого имени рѣчь будетъ нѣсколько ниже.

adquirimus, veluti stipulationem (d): quod naturaliter, sicuti est possessio, per quemlibet, volentibus nobis possidere, adquirimus.

Изъ безпристрастнаго разсмотрѣнія текста оказывается, во 1-хъ, что здѣсь пріобрѣтеніе владѣнія вопреки весьма распространенному мнѣнію вовсе не противополагается прочимъ пріобрѣтеніямъ, а скорѣе разграничиваются двѣ радикально противоположныя категоріи пріобрѣтеній, изъ которыхъ каждая поясняется спеціальнымъ примѣромъ; собственно же противоположность составляютъ не различныя формы пріобрѣтенія, но сами права, пріобрѣтаемыя въ той или другой формѣ, т. е. предметы пріобрѣтенія.

Такъ слѣдуетъ, безъ сомнѣнія, понимать вторую половину текста, чтеніе и толкованіе которой не подвергается спору. Пріобрѣтеніе чрезъ свободныхъ представителей должно быть допущено по отношенію къ тѣмъ правамъ, которыя пріобрѣтаются неформальнымъ образомъ (quod naturaliter adquiritur), и въ примѣръ такой категоріи правъ приводится possessio. Въ самомъ дѣлѣ: possessio не есть форма пріобрѣтенія, а право, пріобрѣтаемое при посредствѣ извѣстныхъ дѣйствій.

Далѣе. Если текстъ имѣетъ какой либо смыслъ и внутреннюю связь, предполагаемую у каждаго разумнаго автора, то первая половина представляетъ туже связь идей, какъ и вторая, на что въ дѣйствительности указываютъ ея выраженія. Она говоритъ, что чрезъ дѣтей и рабовъ дозволяется пріобрѣтать только тѣ права, которыя могутъ быть пріобрѣтаемы формальнымъ образомъ (ea quae civiliter adquiruntur), и въ примѣръ этой категоріи правъ приводится stipulatio (ea duae...adquirimus, veluti stipulationem).

Такимъ образомъ, нельзя не признать полной параллели между обѣими половинами текста.

(d) По Флорентинѣ: stipulationem; по многимъ манускриптамъ— per stipulationem, по нѣкоторымъ per stipulationes (напр. по моему); по догадкѣ читаютъ stipulatione (Schulting notae ad Dig. T. 6, стр. 367). Всѣ эти варіянты тождественны и прямо устраняются сами собою. Чтеніе permancipationem защищается не въ смыслѣ точнаго выраженія текста Пандектъ, а въ противоположность мнимой интерполяціи.

Съ перваго взгляда кажется, что такому толкованію противорѣчитъ обстоятельство, будто stipulatio первоначально означала не право, а юридическое дѣйствіе, сдѣлку. Но въ безспорнѣйшихъ текстахъ Папиніана и Ульпіана этотъ терминъ означаетъ также и право, именно о б я з а т е л ь с т в о, основанное на стипуляціи и стипуляціонный искъ; въ этомъ же смыслѣ говорятъ и цитированные древніе юристы: adquirere stipulationem (e). И такъ, мы можемъ, не колеблясь, примѣнить терминологію Папиніана и Ульпіана къ толкованію текста Модестина, или настоящаго его автора, кто бы онъ ни былъ.— Эта вѣрная терминологія, къ которой однако рѣдко прибѣгали, могла легко ускользнуть отъ толкователей и переписчиковъ, чѣмъ и объясняются вышеуказанные варіянты и догадки: per stipulationem и т. д. (прим. d). Всѣ они должны быть отвергнуты, во 1-хъ потому, что, при внимательномъ разсмотрѣніи текста, совершенно безполезны; во 2-хъ потому, что уничтожаютъ параллель обѣихъ половинъ текста, и наконецъ, потому, что предполагаютъ въ высшей степени натянутую конструкцію вмѣсто простой и естественной, существующей въ дѣйствительности. Въ самомъ дѣлѣ: по этому чтенію, слова veluti per stipulationem означаютъ примѣръ, поясняющій слово civiliter; слѣдовательно, они должны бы стоять поближе къ нему, тогда какъ они поставлены весьма далеко отъ него и, по конструкціи, могутъ быть связаны въ видѣ примѣра съ предшедствующимъ имъ непосредственно словомъ adquirimus. Всѣ эти доводы опровергаютъ также мнѣніе новѣйшихъ писателей, которые, не возражая противъ текста флорентинскихъ пандектъ, утверждаютъ однако, что древній юристъ писалъ:

(e) L. 15 § 3 d e c a s t r. p e c. (49. 17). (Papin.) „... Quae ratio suadet, ut, si ab ipso patre servus, qui ad filium pertinet, stipuletur ex quacunque causa, vel traditum accipiat: s i c a d q u i r a t u r f i l i o r e s e t s t i p u l a t i o, quemadmodum si exter promisisset...“.—L. 7 p r. d e a u c t. (26. 8). (Ulpian). „Quod dicimus, in rem suam auctoritatem accommodare tutorem non posse, totiens verum est, quotiens per semet ipsum vel subjectas sibi personas a d q u i r i t u r e i s t i p u l a t i o...“.—Также и далѣе: L. 18 p r. § 3 d e s t i p. s e r v. (45. 3) П а п и н і а н а и L. 25 § 2 d e u s u f r. (7. 1) У л ь п і а н а.

per mancipationem, и что Трибоніанъ вставилъ вмѣсто этого слова свое: per stipulationem (f). Сверхъ того, предположеніе подобной интерполяціи совершенно произвольно и неосновательно, такъ какъ текстъ, въ томъ видѣ, какъ онъ существуетъ, представляется вполнѣ удовлетворительнымъ, даже съ точки зрѣнія древнихъ юристовъ.

Предложенное нами объясненіе текста служитъ также отвѣтомъ и на возраженіе, будто стипуляція была вообще не juris civilis (какъ здѣсь предполагается), но отчасти—juris civilis, отчасти—juris gentium (g). Это возраженіе основано на смѣшеніи понятій, какъ я уже пытался доказать въ другомъ мѣстѣ (h). Стипуляція, большею частью, была juris gentium въ томъ смыслѣ, что и перегрины считались способными къ ней. Но она всегда была и оставалась juris civilis, потому что основывалась на строго положительной формѣ выраженія воли, безъ соблюденія которой она не могла ни состояться, ни вести къ какимъ либо послѣдствіямъ. Объ этой-то противоположности формъ и говорится только въ разбираемомъ нами текстѣ, а вовсе не о личной правоспособности.

Для того, чтобъ наше объясненіе текста представлялось вполнѣ основательнымъ, оно требуетъ двоякого дополненія, вытекающаго изъ мысли самаго автора и безъ котораго истинный смыслъ текста остается непонятнымъ.

Во 1-хъ повторяющееся въ текстѣ слово adquirere можетъ привести къ ошибочному предположенію, что авторъ просто желаетъ говорить о собственности или родственныхъ ей институтахъ. Но приведенный въ текстѣ примѣръ стипуляціи предохраняетъ насъ отъ такой ошибки. Слѣдя за развитіемъ идеи до конца, мы должны будемъ признать, что авторъ и во вто-

---

(f) Puchta, Institutionen. § 203 n. Vangerow, стр. 294. Buchka, стр. 116. Попытка читать, вмѣсто p e r mancipationem, просто mancipationem, была бы еще болѣе основательною. Какъ извѣстно, ни одинъ древній юристъ не говорилъ mancipationem adquirere (вмѣсто rem или dominium per mancipationem), а потому и аналогія съ выраженіемъ stipulationem adquirere не имѣла бы никакого значенія.

(g) Puchta. Institutionen. т. 2. § 203 n.

(h) См. выше § 5. 6. стр. 27. 31.

рой половинѣ текста имѣлъ въ виду обязательства, возникающія изъ неформальныхъ договоровъ,—т. е. онъ могъ бы приведенный имъ примѣръ: sicuti est possessio дополнить словами: vel emtionis, venditionis contractus, и если онъ не сдѣлалъ этого, то совершенно случайно; но подобныя поясненія, очевидно, вполнѣ соотвѣтствовали мысли древняго юриста.

Во вторыхъ, текстъ прямо говоритъ только объ adquirere, т. е. о дѣйствіяхъ, ведущихъ къ пріобрѣтенію, слѣдовательно къ увеличенію имущества. Однако изъ смысла текста несомнѣнно слѣдуетъ, что возможно совершеніе чрезъ свободныхъ представителей и тѣхъ неформальныхъ дѣйствій, которыя ведутъ къ уменьшенію имущества, путемъ-ли отчужденія или принятія на себя долговъ. Судя по точнымъ указаніямъ, все это было возможно при владѣніи (i), хотя текстъ ничего подобнаго и не говоритъ. Тоже могло произойти, какъ извѣстно, и въ случаѣ принятія на себя долговъ по неформальнымъ договорамъ. Все это тѣмъ болѣе несомнѣнно, что при важнѣйшихъ изъ такихъ договоровъ (напр. продажѣ), пріобрѣтеніе правъ неразрывно связано съ принятіемъ на себя обязанностей (§ 52. № 2).

Наконецъ, слѣдуетъ указать на автора текста. Всѣ извѣстные манускрипты и изданія называютъ его Модестиномъ. Но противъ этого весьма основательно возражали, что Index Florentinus не содержитъ въ себѣ сочиненія: Modestinus ad Q. Mucium, а въ Дигестахъ оно приводится въ видѣ заголовка только въ двухъ текстахъ (k), тогда какъ большая часть текстовъ Дигестъ извлечена изъ соч. Pomponius ad Q. Mucium. Вотъ почему лучшіе изъ критиковъ предлагали поправку въ заголовкѣ разсмотрѣннаго текста; вмѣсто Modestinus они пытались вставить Pomponius (l). По многимъ причинамъ, я пред-

---

(i) § 42. 43 J. de rer. div. (2. 1), L. 41 § 1 de R. V. (6. 1). L. 9 § 9 de adqu. rer. dom.

(k) L. 53 de adqu. rer. dom. (41. 1) изъ Модестина lib. XIV. ad. Q. Mucium, и L. 54 eod. изъ Модестина lib. XXXI. ad Q. Mucium.

(l) D'Arnaud conject. Lib. 2 Cap. 29.—Scuhlting notae ad Dig.

почитаю имя, написанное въ манускриптахъ—Modestinus: столь важное и рѣшительное изрѣченіе, если бы оно появилось въ эпоху Помпонія, гораздо болѣе древнѣйшую, по всей вѣроятности, было бы не разъ упомянуто въ сочиненіяхъ послѣдующихъ юристовъ, но—подобное соображеніе не приложимо къ Модестину, такъ какъ послѣ его эпохи болѣе не появлялось знаменитыхъ юристовъ.

Теперь обобщимъ вкратцѣ всѣ историческія положенія, вытекающія изъ предложеннаго нами объясненія текста.

Строгій и неудобный для гражданскаго оборота принципъ древняго права, исключавшій свободное представительство во всѣхъ сдѣлкахъ (§ 54), былъ впослѣдствіи видоизмѣненъ подъ вліяніемъ практическихъ потребностей.

Прежде всего рѣшительная модификація коснулась пріобрѣтенія и потери владѣнія. Такъ образовалось правило, что владѣніе есть единственное право, способное къ пріобрѣтенію черезъ свободнаго представителя, и формулированное такимъ образомъ правило это существовало долгое время и даже въ позднѣйшую эпоху, когда оно уже утратило свою истинность (m).

Вскорѣ была также признана способность свободныхъ представителей и для другихъ неформальныхъ сдѣлокъ. Сначала допущено было представительство въ нѣкоторыхъ только, впрочемъ, важныхъ и рѣшительныхъ случаяхъ; а потомъ въ видѣ принципа, съ яснымъ разграниченіемъ формальныхъ (цивильныхъ) и неформальныхъ (естественныхъ дѣйствій). Можетъ быть, эта модификація совершилась уже во время Помпонія (во второмъ вѣкѣ), а можетъ быть только въ эпоху Модестина (въ третьемъ в.), по мнѣнію же нѣкоторыхъ ученыхъ при Юсти-

---

Т. 6 стр. 366.—B l u h m e, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. т. 4., стр. 441.

(m) § 5 J. p e r. d u a s p e r s. (2. 9.), L. 1 C. e o d. (4. 27), Paulus V. 2 § 2.—Срав. Savigny Besitz § 26 и System т. 3. § 173. p.—Puchta. Inst. т. 2. § 203 n, прямо считаетъ эти тексты за точное выраженіе новѣйшаго состоянія права.

ніанѣ, если бы опровергнутое выше первоначальное чтеніе per mancipationem было справедливо (n).

Разсмотримъ поближе и подробнѣе практическое послѣдствіе этого перехода сначала для юстиніановскаго права, а потомъ и для дѣйствующаго.

По юстиніановскому праву, для нормальныхъ юридическихъ сдѣлокъ сохраняло силу древнее строгое правило, но область его примѣненія ограничивалась одною только стипуляціею. Слѣдовательно, въ послѣдней представительство чрезъ свободнаго человѣка всегда было невозможно, представительство же чрезъ раба (o) дозволялось, впрочемъ только въ пріобрѣтеніи, гдѣ являлось необходимостью, не смотря на волю господина и раба.

Напротивъ, при неформальныхъ сдѣлкахъ, всякое представительство допускалось безусловно, безъ различія между пріобрѣтеніемъ правъ и принятіемъ на себя обязанностей и независимо отъ личнаго положенія представителя. Все теперь основывалось на волѣ лицъ, участвующихъ въ обязательствѣ.

Изъ этихъ двухъ принциповъ юстиніановскаго права, первый исчезъ для насъ безслѣдно, такъ какъ мы не знаемъ ни стипуляціи, ни рабовъ. Второй же составляетъ въ дѣйствующемъ

(n) См. выше прим. f.—Трудно понять, какъ Пухта и его послѣдователи желаютъ вывести изъ мнимой интерполяціи Трибоніана опору для своего мнѣнія объ истинномъ содержаніи юстиніанова права. Въ самомъ дѣлѣ: если бы интерполяція существовала (чего нельзя допустить), то защищаемое мною правило было бы безспорно для права юстиніановскаго, тогда сама интерполяція служила бы яснымъ доказательствомъ, что компиляторы формулировали это правило съ цѣлью и сознательно.

(o) Я говорю: чрезъ раба, а не чрезъ раба и дѣтей, состоящихъ подъ отеческою властью, какъ было въ прежнемъ правѣ. Послѣдніе теперь не пріобрѣтали необходимо для отца; слѣдовательно, если они желали добровольно вступить въ договоръ отъ имени своего отца, то становились по отношенію къ нему въ положеніе свободныхъ представителей. Подробности могутъ быть выяснены только въ связи съ семейнымъ правомъ.

правѣ единственное правило. Теперь свободное представительство получило безграничное приложеніе.

Изложенное нами положеніе дѣйствующаго права было всецѣло признано въ двухъ текстахъ канонической права (p).

Въ заключеніе изслѣдованія намъ остается рѣшить еще одинъ вопросъ: каково обратное вліяніе принципа дѣйствующаго права на изложенныя выше исключенія изъ строгаго принципа древности (§ 54. 55), которыя были введены для смягченія этой строгости, сильно ограничивавшей гражданскій оборотъ. Наше право не ощущаетъ болѣе подобной потребности, и въ самомъ дѣлѣ, большая часть исключеній исчезла изъ дѣйствующаго права. Разсмотримъ ихъ по порядку.

Экзерциторные и институрные иски (§ 54. № 1. 2) возникли потому, что договоры magister'a или institor'a не могли служить для третьяго контрагента основаніемъ иска противъ предпринимателя. Такая потребность, вслѣдствіе нынѣшняго принципа свободнаго представительства, исчезла, а потому и самые иски представляются теперь излишними. Но условія допущенія ихъ были развиты въ римскомъ торговомъ правѣ съ большимъ практическимъ смысломъ. Съ этой-то стороны названный институтъ примѣнимъ и къ дѣйствующему праву и новѣйшіе германисты воспользовались имъ въ самыхъ широкихъ размѣрахъ (q).

(p) C. 68 de reg. jur. in VI. (5. 12) „Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum.“—C. 72 eod. Qui facit per. alium, est perinde ac si faciat per se ipsum.“—Эти тексты представляютъ правило въ отвлеченной формѣ. Въ каноническомъ правѣ, впрочемъ, есть множество частныхъ случаевъ его примѣненія Срав. Buchka. § 17.

(q) Напр. Thöl, Handelsrecht, т. 1. § 34 и слѣд. Срав. выше § 27 a. Впрочемъ, представляется сомнительнымъ и спорнымъ вопросъ о томъ, въ какой мѣрѣ принципы римскаго права дѣйствуютъ въ нынѣшнемъ правѣ, особенно въ случаяхъ солидарнаго обязательства между многими предпринимателями и личнаго обязательства institor'a. Срав. Buchka, стр. 227. 244. 247 и слѣд. Изслѣдованіе этого вопроса выходитъ изъ предѣловъ нашей задачи и относится къ дѣйствующему торговому праву.

Искъ de peculio, съ своею модификаціею tributoria (§ 54 № 3. 4) не можетъ имѣть теперь мѣста. Рабовъ у насъ нѣтъ, а пекулій дѣтей, состоящихъ подъ отеческою властью, не имѣетъ римскаго значенія. Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ римское право допускало искъ de peculio противъ отца въ силу договора сына, мы считаемъ сына, подобно всякому другому лицу, представителемъ отца, или, смотря по обстоятельствамъ, его institor'омъ.

Также неприложимъ римскій искъ quod jussu (§ 54 № 5). Порученіе, данное отцомъ сыну, принять на себя по договору какую либо обязанность теперь имѣетъ подобное же значеніе, какъ и однородное порученіе постороннему лицу.

То же нужно сказать и объ actio de in rem verso (54 № 6). Основаніе, по которому Римляне считали этотъ особенный искъ необходимымъ при договорахъ дѣтей и рабовъ (§ 54 aa), исчезло въ дѣйствующемъ правѣ даже относительно дѣтей.

Наконецъ и всѣ искусственныя средства, вытекавшія изъ прямаго вмѣшательства претора, когда опекунъ вступалъ въ договоръ за пупилла, управитель городскаго имущества за городъ, прокураторъ въ процессѣ за тяжущагося (§ 55 № 7. 8. 9), должны быть признаны въ настоящее время излишними. Всѣ эти лица подходятъ подъ общее правило свободнаго представительства. Въ частности опекуны и городскіе чиновники уже не основываютъ свое право представительства на первоначальной довѣренности, т. е. на договорѣ съ тѣмъ, кого они представляютъ, а просто на служебномъ положеніи, которое влечетъ за собою для нихъ въ каждомъ частномъ случаѣ тѣже послѣдствія, какъ и довѣренность для другихъ лицъ.

§ 57.

I. Договоръ. B. Лица. Представительство. (Продолженіе).

При изложеніи ученія о различіи представительства по юстиніановскому и древнѣйшему правамъ, мы собственно говоря, опирались на одинъ только текстъ нашихъ источниковъ; но если бы послѣдній былъ и единственнымъ указаніемъ въ этомъ отношеніи, то и тогда я считалъ бы изложенное ученіе не менѣе истиннымъ и основательнымъ. Однако можетъ показаться страннымъ и удивительнымъ, что такое важное и рѣшительное для гражданскаго оборота измѣненіе не оставило послѣ себѣ никакихъ слѣдовъ. На самомъ дѣлѣ, это не такъ. Напротивъ, мы находимъ множество свидѣтельствъ, указывающихъ на это измѣненіе въ отдѣльныхъ случаяхъ и служащихъ, такимъ образомъ, къ подтвержденію и подкрѣпленію упомянутаго нами фундаментальнаго изрѣченія. До сихъ поръ я не касался ихъ, чтобы не усложнять различными отступленіями простоты самаго изслѣдованія. Желая теперь восполнить пробѣлъ, я нахожу вмѣстѣ съ тѣмъ удобный случай построже опредѣлить истинный смыслъ установленнаго мною правила и указать на его отличіе отъ другихъ родственныхъ ему юридическихъ нормъ.

Обращаясь къ содержанію нашихъ источниковъ, на сколько они касаются разсматриваемаго юридическаго отношенія, мы въ продолженіи всего періода великихъ юристовъ видимъ постоянно повторяющійся фактъ важнаго различія формальныхъ и неформальныхъ юридическихъ сдѣлокъ,—различія, примѣняющагося преимущественно къ (договорамъ) обязательственнымъ соглашеніямъ (§ 52 g). Съ этимъ различіемъ и связано все вышеизложенное ученіе (§ 56), и намъ остается, главнымъ образомъ, изслѣдовать логическую цѣпь необходимыхъ послѣдствій, вытекающихъ изъ существа неформальныхъ договоровъ.

Къ такимъ неформальнымъ договорамъ принадлежатъ, во 1-хъ, консенсуальные контракты, во 2-хъ реальные, такъ какъ предшествующая имъ первоначальная передача не составляетъ еще формы выраженія воли; въ 3-хъ конститутъ и, наконецъ, простой pactum, который вообще не имѣетъ иска, хотя производитъ множество другихъ важныхъ послѣдствій (a).

Для всѣхъ перечисленныхъ договоровъ существуетъ общее правило, что рѣшительное значеніе имѣетъ въ нихъ выраженное согласіе воль; форма же выраженія совершенно безразлична. Правило это находится въ тѣсной связи съ обстоятельствомъ, что всѣ эти договоры суть bonae fidei (прим. a), откуда неизбѣжно слѣдуетъ, что они должны обсуждаться по намѣренію и цѣли сторонъ, независимо отъ цивильныхъ формъ. Слѣдовательно эти договоры могутъ совершаться и въ присутствіи и въ отсутствіи сторонъ; въ послѣднемъ случаѣ сдѣлка можетъ быть заключена посредствомъ письма и посланнаго, который уподобляется какъ бы живому письму. Посланный (nuncius) является здѣсь простымъ носителемъ чужой воли; онъ не установляетъ договора, воздѣйствующаго на третье лицо, его установляютъ сами стороны, а онъ служитъ только орудіемъ выраженія ихъ воли (b).

(a) Ссуда и поклажа здѣсь совершенно приравниваются къ консенсуальнымъ контрактамъ и всѣ они несомнѣнно подходятъ подъ правило bona fides. Только заемъ, хотя и неформальный, не есть bonae fidei, но stricti juris; въ концѣ параграфа мы отдѣльно поговоримъ объ особенной природѣ займа по отношенію къ представительству.

(b) Было бы грубымъ заблужденіемъ отрицать возможность допущенія nuncius'a въ силу правила, что никто не можетъ пріобрѣтать права посредствомъ дѣйствій liberae personae; посланный самъ по себѣ (юридически) не контрагентъ и собственно дѣйствуетъ отсутствующій, пользующійся имъ какъ орудіемъ своей воли. Опроверженіе этого возраженія весьма ясно выражено въ слѣдующемъ текстѣ Павла L. 15 de pec. const. (13. 5). Ut licet libera persona sit, per quam tibi constitui, non erit impedimentum, quod per liberam personam adquirimus; quia ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur."—И помимо договоровъ есть множество случаевъ, въ которыхъ это кажущееся возраженіе, будто кто-либо, вопреки упомянутому правилу, пріобрѣтаетъ права посредствомъ чужихъ дѣйствій, устраняется подобнымъ же образомъ. Такъ

Все это такъ часто и ясно признается нашими источниками, что не возбуждаетъ никакого сомнѣнія (c) и съ изложеннымъ соглашаются вполнѣ, даже упомянутые выше (§ 56) противники моего мнѣнія (d). Если же они отрицаютъ тѣмъ не менѣе возможность представительства съ прямыми послѣдствіями для-представляемаго, то, очевидно, что все разногласіе мнѣній основано на различіи посланнаго (nuncius) отъ представителя или уполномоченнаго (procurator); для отысканія опредѣленной границы этого различія намъ необходимо войти въ разсмотрѣніе истиннаго значенія его въ дѣйствительной жизни.

Самое названіе посланнаго (nuncius) и постоянное его сопоставленіе съ письмомъ легко приводитъ къ точному усвоенію этого понятія. Письмо есть безсознательное и лишенное воли орудіе; таковымъ же, безспорно, можетъ быть и посланный. Напр., я желаю купить лошадь; продавецъ проситъ 100 р., я не рѣшаюсь дать этой суммы, и мы расходимся, не заключивъ договора; но вскорѣ я отправляю посланнаго объяснить, что я согласенъ на требованіе продавца, посланный передаетъ, мой утвердительный отвѣтъ, не зная даже о чемъ идетъ рѣчь; въ этомъ случаѣ онъ представляется орудіемъ, лишеннымъ сознанія и воли, подобнымъ письму.

Нѣтъ никакого основанія останавливаться на этомъ строго опредѣленномъ случаѣ. Когда я объясняю посланному, въ чемъ дѣло, такъ что онъ передаетъ не только утвердительный отвѣтъ, но и полное содержаніе моей воли,—то, переставая быть орудіемъ безсознательнымъ, (подобнымъ письму), онъ все-таки будетъ орудіемъ, лишеннымъ воли. Никто не станетъ сомнѣ-

---

въ L. 72 de proc. (3. 3), L. 24 § 2 de usur. (22. 1), L. 12 pr. de reb. auct. jud. (42. 5), L. 3 pr. quod vi (43. 24), Fragm. Vatic. § 112. 134.

(c) L. 2 § 2 de O. et A. (44. 7) „Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur: veluti per epistolam, vel per nuncium". (О консенсуальныхъ контрактахъ).—L. 1 § 2 de contr. emt. (18. 1).—L. 2 pr. de pactis (2. 14).—L. 14 § 3 L. 15 de pec. const. (13. 5). — Срав. L. 1 § 1 de proc. (3. 3), L. 25 § 4 de adqu. her. (29. 2), L. 37 pr. ad Sc. Treb. (36. 1).

(d) Mühlenbruch § 11 стр. 108. 109. Puchta, Pandekten. § 273. 275. Buchka, стр. 205.

ваться въ томъ, что договоръ этотъ будетъ имѣть силу, какъ заключенный мною самимъ. Предположимъ наконецъ, что я поручаю посланному предложить цѣну повозможности близкую къ 90 руб., и согласиться на 100 только въ случаѣ крайности; тогда посланный не представляется вполнѣ лишеннымъ воли, такъ какъ ему дается извѣстная свобода выбора. Если онъ соглашается на 100 р. то дѣло сводится къ предыдущему случаю; при покупкѣ же за 90 р. въ посланномъ замѣчается нѣкоторая самостоятельность. Впрочемъ едвали кто станетъ утверждать различіе обоихъ случаевъ, полагая что въ первомъ уполномоченный является простымъ посланнымъ, а потому всѣ послѣдствія договора прямо относятся къ представляемому; во второмъ—представителемъ, что повлекло бы за собою utiles actiones въ пользу и противъ представляемаго.

Сдѣлаемъ еще шагъ впередъ. Положимъ, что торговецъ показалъ мнѣ нѣсколько лошадей съ различными достоинствами и недостатками. За тѣмъ я поручаю знакомому, знающему толкъ въ лошадяхъ больше меня, выбрать лучшую, по его мнѣнію, лошадь и купить ее на мое имя, для чего предоставляю ему извѣстную степень свободы въ опредѣленіи цѣны. Въ этомъ случаѣ сужденію и волѣ уполномоченнаго дано свободное поприще. Но если онъ заключилъ договоръ на мое имя, то не подлежитъ сомнѣнію, что всетаки слѣдуетъ смотрѣть на него, какъ на простаго посланнаго, подобнаго предыдущимъ какое бы названіе мы ему ни дали. Воля моя, направленная на множество договоровъ, между которыми выборъ былъ предоставленъ уполномоченному, не перестаетъ быть моею волею, и самъ представитель, въ противоположность другой сторонѣ является во всѣхъ ихъ простымъ носителемъ моей воли.

Сопоставленіе этихъ разнообразныхъ случаевъ приводитъ къ убѣжденію, что всѣ они, въ юридическомъ смыслѣ, имѣютъ совершенно тождественную природу. Здѣсь безразлично обстоятельство: передаетъ-ли представитель другой сторонѣ мой единственный отвѣтъ или, по своему собственному, свободному выбору, одинъ изъ многихъ моихъ же отвѣтовъ. Слѣдовательно, большая или меньшая самостоятельность представителя въ сдѣлкѣ безразлична. Провести какую либо рѣзкую границу между этими разнообразными случаями невозможно, и нѣтъ ника-

каго разумнаго основанія допускать здѣсь вліяніе подобной границы. Въ самомъ дѣлѣ: вездѣ договоръ заключается мною, по моей волѣ, а представитель только—носитель ея. Вотъ почему изъ договора не вытекаетъ для него ни правъ, ни обязанностей (e); они возникаютъ прямо для меня.—Слѣдовательно, если мои противники желаютъ дѣлать, въ этомъ смыслѣ, различіе между посланнымъ и уполномоченнымъ, то мнѣ остается прямо отвергнуть ихъ ученіе (f).

Но, съ другой стороны, слѣдуетъ признать одно важное различіе между случаями представительства, и смѣшеніе обоихъ принциповъ, лежащихъ въ основаніи этого различія, представляется мнѣ истинною причиною несогласія мнѣній, господствующихъ въ ученіи о представительствѣ.

Если я желаю заключить договоръ чрезъ представителя, то могу сдѣлать это двоякимъ образомъ.

Во 1-хъ такъ, что представитель является, ведетъ переговоры и вступаетъ въ договоръ отъ моего имени. Объ этомъ именно случаѣ я и говорилъ до сихъ поръ; причемъ безразлично, далъ-ли я представителю большую или меньшую степень свободы и самостоятельности.—Всѣ послѣдующіе обоюдные иски будутъ имѣть мѣсто непосредственно между мною и противною стороною, такъ какъ послѣдняя не связана съ представителемъ никакимъ юридическимъ отношеніемъ (g).

(e) Я говорю: изъ договора въ томъ смыслѣ, что другая сторона не можетъ стать по отношенію къ представителю ни истцомъ, ни отвѣтчикомъ. Со мною же представитель связанъ довѣренностью, которую онъ долженъ исполнять добросовѣстно и съ надлежащею аккуратностью.

(f) Я съ цѣлью выражаюсь проблематически: если мои противники и т. д., такъ какъ ни одинъ изъ нихъ не далъ точнаго понятія nuncius'a, хотя и признаютъ его существованіе (лицо это встрѣчается въ римскомъ правѣ повсюду). Выраженіе Пухты: „носитель выраженія воли“ совершенно совпадаетъ съ моимъ понятіемъ. Впрочемъ, небрежность, съ которою они упоминаютъ о nuncius'ѣ только мимоходомъ и уклончиво, указываетъ скорѣе на неправильное о немъ понятіе, которое я старался уже опровергнуть въ текстѣ. Buchka, стр. 206, лучше всѣхъ опредѣлилъ различіе между посланнымъ и представителемъ, — различіе которое я отвергаю.

(g) Предполагается, что представитель держался въ предѣлахъ

Причина—та, что противная сторона считаетъ своимъ контрагентомъ только меня, а не представителя (h).

Но, во 2-хъ, представительство возможно и въ такой формѣ, что представитель обязанъ вести переговоры и вступить въ сдѣлку отъ своего имени, такъ что, согласно нашему намѣренію, меня лично должны касаться только дальнѣйшія послѣдствія договора. Въ этомъ случаѣ обоюдные иски возникаютъ только между третьимъ лицомъ и представителемъ, а не между третьимъ лицомъ и мною потому, что третье лицо не имѣло въ виду меня и не со мною желало вступить въ договоръ. Здѣсь самъ представитель долженъ передать мнѣ купленную лошадь, получить отъ меня деньги, и т. д.

Впрочемъ, и въ этомъ случаѣ могутъ возникнуть косвенные иски между мною и третьимъ лицомъ: я предъявляю къ третьему лицу искъ по договору, который цедируетъ и обязанъ цедировать мнѣ представитель; а при недостаткѣ дѣйствительной цессіи, я имѣю utilis actio (i).—Третье лицо можетъ предъявить ко мнѣ utilis actio, по аналогіи съ институрнымъ искомъ и на томъ основаніи, что онъ могъ бы принудить представителя искомъ по договору, цедировать себѣ регрессивный искъ противъ меня (actio mandati contraria).

данной ему довѣренности. Противная сторона, въ видахъ собственной гарантіи, должна освѣдомиться объ этихъ предѣлахъ, точно также какъ при заключеніи договоровъ съ magister'омъ или institor'омъ (§ 54. i. o.).

(h) Такъ бываетъ почти всегда при уполномочіи представителя на одну юридическую сдѣлку, причемъ настоящіе контрагенты не могутъ думать о предоставленіи представителю правъ или о возложеніи на него обязанностей. Если и встрѣчаются отдѣльные и рѣдкіе случаи, гдѣ противная сторона желаетъ втянуть въ обязательство и представителя, то это возможно только путемъ кореальнаго обязательства или поручительства. — Въ случаяхъ же представительства, охватывающаго цѣлый рядъ сдѣлокъ, каково institor'a, бываетъ совершенно иначе. Здѣсь возможно, что третье лицо будетъ знать одного institor'a и довѣрять ему лично; а принципаломъ дѣла можетъ быть неизвѣстное лицо, живущее вдали, и даже товарищество. Поэтому здѣсь сообразно съ природою института, чтобы третье лицо имѣло право выбора между institoria противъ принципала и искомъ по договору противъ institor'a. (Срав., впрочемъ, выше § 56. q).

(i) Срав. выше. § 23 № 4. Стр. 170 и слѣд.

Противъ обозначенія различія между этими двумя случаями въ формѣ выраженій nuncius и procurator, я ничего не могу возразить,—но отъ этого рѣшеніе вопроса не подвинется впередъ. Приведенныя выраженія крайне неопредѣленны и едва-ли подобное рѣшеніе вопроса получитъ всеобщее признаніе.

Прежде нежели приведу тексты изъ римскаго права, подтверждающіе мою теорію, я долженъ дополнить ее замѣчаніемъ, что въ случаяхъ представительства втораго рода, нѣтъ надобности различать формальные договоры отъ неформальныхъ.—Когда кто-либо, по моему порученію и въ моихъ интересахъ, совершаетъ стипуляцію или обѣщаетъ что-либо отъ своего имени, то между нимъ и третьимъ лицомъ,—возникаютъ прямые иски, напротивъ между мною и третьимъ лицомъ — непрямые вслѣдствіе дѣйствительной или предполагаемой цессіи, а также по аналогіи съ институрнымъ искомъ. (k) Такимъ образомъ, послѣдствія здѣсь тѣже, какъ при продажѣ и другихъ, указанныхъ нами неформальныхъ договорахъ, и въ этомъ отношеніи нѣтъ никакого различія между формальными и неформальными договорами. (l)

Ульпіанъ рѣшаетъ одинъ случай поклажи именно на основаніи указаннаго нами различія между представительствами перваго и втораго рода (m):

> Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quaeritur. Et putat, tecum mandati, cum eo vero, qui eas res recepit, depositi. Si vero

---

(k) Случай actio ad exemplum institoriae actionis, когда мой прокураторъ обѣщаетъ что либо по поводу касающагося меня дѣла, представляется въ L. 19 pr. de inst. (14. 3).—Точно также и наоборотъ для пріобрѣтенія иска. L. 26 de reb. cred. (12. 1).

(l) И такъ, отсюда слѣдуетъ, что различіе, дѣлаемое Модестиномъ между формальными и неформальными договорами (§ 56), имѣетъ практическое значеніе только при представителѣ перваго рода, вступающаго въ неформальный договоръ въ качествѣ представителя, а не отъ собственнаго имени. При стипуляціи никоимъ образомъ невозможно представительство перваго рода, такъ какъ стипуляція или обѣщаніе, относящееся къ лицу представляемаго, были бы сами по себѣ ничтожны.

(m) L. 1 § 11 depos. (16. 3).

tuo nomine recepit, tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi: quam actionem mihi praestabis, mandati judicio conventus.

Если я желаю отдать на сохраненіе свою вещь Тицію чрезъ посланнаго, то послѣдній можетъ совершить поклажу или на мое или на свое имя. Въ первомъ случаѣ depositi actio пріобрѣтается непосредственно мною, во второмъ—посланнымъ, который, однако, обязанъ цедировать ее мнѣ. (n).

О представительствѣ втораго рода Ульпіанъ говоритъ въ слѣдующемъ текстѣ, который часто, хотя и неосновательно приводится противниками моего мнѣнія въ подкрѣпленіе ихъ ученія (o):

Si procurator vendiderit, et caverit emtori, quaeritur, an domino, vel adversus dominum, actio dari debeat. Et Papinianus libro tertio responsorum putat, cum domino ex emto agi posse utili actione, ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit. Ergo et per contrarium dicendum est, utilem ex emto actionem (p) domino competere).

Предполагаемый здѣсь прокураторъ не есть представитель, спеціально уполномоченный на эту продажу, но (какъ и во многихъ другихъ текстахъ) procurator omnium rerum, что ясно видно изъ его противоположенія dominus'y (разумѣ-

---

(n) Случай втораго рода, относящійся къ поклажѣ съ utilis actio находится у Павла. Coll. L. L. Rom. et. Mos. T. 10 § 7.—Случай въ L. 8 C. ad. exhib. (3. 42) вовсе не относится къ представительству, такъ какъ собственникъ ровно ничего не знаетъ о (второй) поклажѣ или ссудѣ. Однако и ему, по тѣмъ же основаніямъ, дается utilis actio (срав. прим. i); слѣдовательно pactum вовсе не есть источникъ иска. Срав. объ этомъ текстѣ: System т. 4 § 175. o. Аналогическій текстъ представляется въ L. 5. § 9. de rec. sonst. (13. 5), потому что опекунъ и т. д. не имѣетъ довѣренности отъ представляемаго, но долженъ считаться его представителемъ въ силу своего положенія ex officio, которое равносильно довѣренности.

(o) L. 13. § 25. de act. emt. (19. 1).

(p) Ex emto поставлено здѣсь вмѣсто ex vendito, какъ и во многихъ другихъ текстахъ; такимъ образомъ не представляется никакой надобности исправлять текстъ. Срав. Schulting notae ad. Dig. T. 3, стр. 486.

ется, dominus'y bonorum), а также изъ слѣдующихъ словъ: si modo rem vendendam mandavit, предполагающихъ, что (общее) полномочіе могло и не могло обнимать собою продажу какой либо части имущества. Слѣдовательно прокураторъ поставленъ здѣсь въ положеніе аналогичное съ institor'омъ.— Такимъ образомъ, если только прокураторъ предпринялъ продажу какой либо вещи изъ этого имущества отъ своего имени, а не отъ имени собственника, то весь текстъ представляется полнымъ подтвержденіемъ вышеизложеннаго предположенія о существованіи въ этомъ случаѣ представительства втораго рода. А что продажа совершилась именно въ такой формѣ (отъ собственнаго имени procurator'a) — видно уже изъ того обстоятельства, что съ нею связано обѣщаніе покупщику на случай возможной эвикціи (et caverit emtori); подобное же обѣщаніе, основанное на формальномъ контрактѣ (стипуляція), могло быть дано только отъ собственнаго имени обѣщающагося, безъ чего оно не могло бы имѣть силы.

И такъ, вышеизложенный рядъ предположеній подтверждается многими частными приложеніями, не выражаясь, однако, въ формѣ общаго принципа. Такъ именно и бываетъ, когда принципъ развивается постепенно, какъ въ данномъ случаѣ. Въ природѣ подобнаго постепеннаго развитія—даже обращаться, для подкрѣпленія частныхъ приложеній, къ помощи родственныхъ юридическихъ институтовъ.

Мы находимъ дѣйствительно множество подобныхъ примѣровъ въ тѣхъ случаяхъ, когда поднимался вопросъ: можетъ ли сторона прибѣгнуть къ pacti exceptio, если не сама она, а ея представитель заключилъ pactum въ ея пользу. Согласно принципу допущенія свободнаго представительства при неформальныхъ договорахъ (куда относится и pactum), сторонѣ должна быть дана pacti exceptio. Но вмѣстѣ съ тѣмъ казалось безспорнымъ, что сторона имѣла право по крайней мѣрѣ на doli exceptio противъ истца, и вотъ, ей давалась, безъ всякихъ затрудненій, послѣдняго рода эксцепція, предоставлявшая ту же гарантію, какъ и pacti exceptio (p).

(q) L. 10 § 2, L. 11—15, L. 21 § 1. 2. L. 25 § 2, L. 26 de pactis (2. 14).

Особенно замѣчателенъ способъ обсужденія займа. Форма выраженія воли въ контрактѣ безразлична, и съ этой точки зрѣнія онъ совершенно приравненъ къ консенсуальнымъ контрактамъ; но пріобрѣтеніе иска обусловливается здѣсь передачею собственности на занятыя деньги. И такъ, если мой представитель даетъ третьему лицу мои деньги взаймы отъ моего имени, то прямымъ кредиторомъ становлюсь я, и правило, что я не могу пріобрѣтать претензій чрезъ libera persona, въ этомъ случаѣ не примѣнимо, потому что третье лицо пріобрѣтаетъ собственность на деньги отъ меня. То же будетъ, если представитель употребляетъ для этой цѣли свои собственныя деньги. По общему нашему согласію, онъ переноситъ тогда право собственности на эти деньги на меня, послѣднія переходятъ къ третьему лицу въ качествѣ моихъ и по полученіи ихъ третье лицо становится моимъ должникомъ (r).—Съ другой стороны, если представитель, по довѣренности, совершаетъ заемъ для меня, то кредиторъ пріобрѣтаетъ искъ противъ меня. Но этотъ искъ опять-таки основанъ на аналогіи съ институторнымъ; съ точки зрѣнія принятія займа мой представитель считается institor'омъ (s).

(r) L. 126 § 2 de V. O. (45. 1). „Respondi, per liberam personam...obligationem nullam adquirere possumus. Plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret, vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae adquireretur“... Срав. L. 9 § 8 L. 15 de reb. cred. (12. 1), L. 2 C. per quas pers. (4. 27).—Что представитель можетъ употребить для этой цѣли и свои собственныя деньги и сдѣлать меня такимъ образомъ прямымъ кредиторомъ—ясно изъ такъ называемаго constitutum possessorium. Срав. Savigny. Besitz. § 27; далѣе: System т. 4. Приложеніе X. Nr. IV и V.

(s) L. 31 pr. de neg. gestis (3. 5), L. 19 pr. de instit. (14. 3), L. 10 § 5 mand. (17. 1).

§ 58.

I. Договоръ. B. Лица. Представительство (Продолженіе).

Въ теченіи настоящаго изслѣдованія мы уже коснулись мнѣній нѣкоторыхъ изъ ученыхъ, расходящихся со мною во взглядахъ. Теперь я укажу, какъ они вообще и всѣ вмѣстѣ понимаютъ изложенную мною теорію.

Сущность ея состоитъ въ томъ, что въ источникахъ римскаго права мы видимъ картину постепеннаго развитія юридическаго начала, достигнувшаго уже въ юстиніановскомъ правѣ большаго упрощенія, а въ дѣйствующемъ (вслѣдствіе изчезновенія рабства и стипуляціи) перешедшаго въ простѣйшій принципъ безусловно свободнаго представительства съ послѣдствіями, всецѣло и исключительно относящимися къ представляемому.

Весьма естественно, что, начиная съ среднихъ вѣковъ, подобное значеніе нашихъ источниковъ не пользовалось всеобщимъ и однообразнымъ признаніемъ. Писатели, болѣе или менѣе произвольно, полагали въ основаніе своихъ ученій то одинъ, то другой текстъ, и строили на нихъ различныя теоріи (а), вслѣдствіе чего неизбѣжно должны были прійти къ преимущественному предпочтенію многаго такого, что послѣ внимательнаго изученія источниковъ можетъ имѣть только историческое значеніе.

Но чрезъ все это разнообразіе теорій, спутывающее наши понятія, проходитъ истинное чувство практической потребности, стремившейся различными способами, проложить себѣ путь и эта потребность приводила къ признанію вполнѣ свободнаго представительства,—которое я пытался выставить истиннымъ результатомъ безпристрастнаго изученія источниковъ. Въ наше время эта потребность стала болѣе настоятельною, нежели у

(а) Срав. объ этомъ System. т. 1. Предисловіе, стр. XLV.

Римлянъ, которые могли, покрайней мѣрѣ, пользоваться для пріобрѣтенія всѣхъ правъ рабами, не существующими по нашему праву. (b)

Вотъ почему, начиная съ XVII ст., большая часть авторовъ соглашается въ томъ, что въ дѣйствующемъ правѣ допускается свободное представительство безъ ограниченій и что оно производитъ прямое и полное дѣйствіе на представляемаго, который слѣдовательно становится непосредственнымъ истцомъ и отвѣтчикомъ по договорамъ заключеннымъ представителемъ. (c) Основаніе, изъ котораго они стараются вывести такой результатъ, нѣсколько различно. Въ первое время, многіе старались построить новую теорію на принципахъ естественнаго права. Но большая часть ученыхъ основывали ее просто на единогласной практикѣ настоящаго времени; нѣкоторые же старались оправдать послѣднюю спеціальными началами германскаго права.

Сравнивая эти воззрѣнія съ нашимъ, мы видимъ, что практическій ихъ результатъ совершенно тождественъ. Упомянутые писатели, обходя римское право, стараются вывести состояніе нашего права изъ современной практики; я же считаю его истиннымъ выраженіемъ юстиніановскаго права, ограничиваясь однимъ только замѣчаніемъ, что у насъ нѣтъ ни стипуляцій, ни рабовъ. Такимъ образомъ, все различіе мнѣній—чисто теоретическаго свойства.

Одинъ изъ новѣйшихъ ученыхъ проложилъ въ этомъ отношеніи другой путь и его взглядъ вызвалъ сочувствіе многихъ (d). По его мнѣнію, правило, что контракты, заключенные представителемъ, не влекутъ для представляемаго непосредственно

(b) Это справедливое замѣчаніе сдѣлалъ Buchka, стр. 158.

(c) Весьма полное перечисленіе этихъ авторовъ находится у Buchka, стр. 158—166. 178. 179. 230—233. Къ новѣйшему времени принадлежатъ: Mühlenbruch, стр. 147. Vangerow, стр. 294. Buchka, стр. 203—205.

(d) Puchta. Pandekten и Vorlesungen § 273. 275. 279. Buchka. § 6 и § 5. Прим. 16. Главнѣйшіе тексты, приводимые въ подтвержденіе этого взгляда (L. 11 de O. et A. и L. 73 § 4 de R. J.) вовсе не говорятъ о представительствѣ, а потому сюда не относятся, срав. ниже § 59.

ни правъ, ни обязанностей, — признается еще въ юстиніановскомъ правѣ и невозможность эта не основана просто на положительномъ правѣ, а необходимо вытекаетъ изъ существа самаго обязательственнаго соглашенія.—Наоборотъ, изъ договора, заключеннаго представителемъ, могутъ возникнуть для представляемаго непрямыя послѣдствія, въ силу utiles actiones, т. е. представляемый можетъ пріобрѣсти право иска путемъ дѣйствительной или фиктивной цессіи, и самъ можетъ быть привлеченъ въ качествѣ отвѣтчика въ силу actio quasi—institoria.

Сравнивая эту теорію съ моею, мы увидимъ слѣдующее между ними различіе. Пухта считаетъ общимъ послѣдствіемъ содержанія дѣйствующаго права о представительствѣ тѣ самыя правила, которые я установилъ выше (§ 57) для частнаго случая представительства втораго рода, когда представитель заключилъ договоръ отъ своего собственнаго имени (не въ качествѣ моего повѣреннаго), — но, въ силу предварительно данной ему довѣренности, состоялось между нами соглашеніе, чтобы послѣдствія договора касались меня. — По отношенію къ этому случаю теорія Пухты совершенно вѣрна. За то ее слѣдуетъ всецѣло отвергнуть по отношенію къ второму—названному мною выше (§ 57) представительствомъ перваго рода,—когда представитель, впротивуположность другой сторонѣ, выступаетъ съ свойственнымъ ему качествомъ, т. е, ведетъ предварительные переговоры и вступаетъ въ договоръ отъ моего имени. Здѣсь нѣтъ никакого основанія сомнѣваться въ непосредственномъ отношеніи послѣдствій договора къ моему лицу, и пріурочивать права и обязанности, вытекающія изъ договора, къ представителю, или, покрайней мѣрѣ, проводить ихъ чрезъ него. Каждая изъ сторонъ желаетъ въ этомъ случаѣ видѣть въ представителѣ простаго носителя или выразителя чужой воли, а въ представляемомъ и его противникѣ собственно дѣйствующихъ лицъ, единственныхъ истинныхъ контрагентовъ; только это желаніе и имѣетъ здѣсь рѣшительное значеніе, такъ какъ препятствіе, лежавшее въ формальныхъ договорахъ римскаго права, для насъ исчезло. Пухта же обходитъ молчаніемъ этотъ случай, при установленіи своихъ правилъ.

Ясно, что все различіе между мнѣніемъ Пухты и моимъ сводится къ вопросу: какой смыслъ и значеніе слѣдуетъ придавать понятію nuncius. Пухта упоминаетъ о немъ случайно, мимоходомъ, не придавая ему особенной важности, тогда какъ оно занимаетъ главное мѣсто въ ученіи о представительствѣ и есть важнѣйшій случай, чаще другихъ встрѣчающійся въ дѣйствительной жизни. Мнѣ кажется, что съ этой точки зрѣнія можно составить себѣ полное понятіе объ указанномъ разнорѣчіи мнѣній.

Но если даже, не смотря на сказанное, разсматривать мнѣніе Пухты во всей его рѣзкой противоположности моему, мы найдемъ, что практическое различіе ихъ не такъ важно, какъ можно было ожидать. По тому и другому представляемый можетъ, на основаніи договора, стать истцомъ и отвѣтчикомъ; случится ли это путемъ directa или utilis actio—съ точки зрѣнія дѣйствующаго права, совершенно безразлично. Единственно важное различіе состоитъ въ томъ, что, по мнѣнію Пухты, и къ представителю можетъ быть предъявленъ искъ противной стороной, чего я не признаю, искъ — который имѣлъ бы большой интересъ, еслибъ до его предъявленія, представляемый оказался несостоятельнымъ должникомъ. Но такаго послѣдствія рѣшительно допустить нельзя, такъ какъ, по нашему предположенію, представитель всѣми контрагентами считается не стороною, а только носителемъ чужой воли.

Сопоставляя, наконецъ, весьма распространенное воззрѣніе о новѣйшей практикѣ, которая будто уклонилась отъ римскаго права, съ теоріею Пухты, — я признаю ихъ совершенно несовмѣстными. Въ самомъ дѣлѣ, если справедливо, какъ утверждаетъ Пухта, что непосредственное отношеніе къ представляемому договора, заключеннаго представителемъ, не возможно, ни только по принципамъ положительнаго права, но и по самой сущности обязательственныхъ соглашеній,—то эта невозможность не могла быть устранена и дѣйствующею практикою. Практика безсильна по отношенію къ сущности договоровъ. Впрочемъ, Пухта и не упоминаетъ объ этомъ измѣненіи, произведенномъ практикою.

§ 59.

I. Договоръ. B. Лица. Представительство (Продолженіе).

Въ дополненіе изложеннаго ученія о представительствѣ, необходимо разсмотрѣть еще одинъ случай, различный отъ послѣдняго по сущности, хотя аналогичный съ нимъ по формѣ: когда два лица заключаютъ договоръ, изъ котораго возникаетъ для третьяго лица, несостоящаго съ прямымъ контрагентомъ въ отношеніяхъ представительства, какое либо право или обязанность (§ 53).

Этотъ случай можно представить себѣ въ слѣдующемъ видѣ: Гай обѣщаетъ Тицію, что Сей получитъ, или, наоборотъ уплатитъ извѣстную сумму денегъ. Если Сей выдалъ довѣренность на совершеніе сдѣлки, то случай сведется къ предъидущему, къ представительству; но мы предполагаемъ, что онъ не давалъ довѣренности, и что ничего даже не знаетъ о сдѣлкѣ. Будетъ-ли договоръ имѣть въ этомъ случаѣ послѣдствія, и какія?

Въ первой формѣ случай этотъ возбуждаетъ слѣдующій простой вопросъ, именно: должно-ли третье лицо принять на себя обязанность, напр. уплатить деньги. Само собою разумѣется, что никто посторонній не можетъ принудить третье лицо къ уплатѣ помимо его воли. Объ этомъ правилѣ упоминается не разъ, причемъ ясно указывается, что и тотъ, кто обѣщаетъ дѣйствіе третьяго лица, ни къ чему самъ не обязывается (a), на томъ естественномъ основаніи, что онъ не желалъ обѣщать и не обѣщалъ своего собственнаго дѣйствія.

(a) § 3 J. de inut. stip. (3. 19), L. 38 pr. L. 83 pr. de V. O. (45. 1). Во всякомъ случаѣ подобный договоръ можетъ получить силу двумя косвенными путями: 1, когда я подвергаюсь неустойкѣ на случай неисполненія третьимъ лицомъ обѣщаннаго дѣйствія. § 21 J. de inut. stip. (3. 19), L. 38 § 2 de V. O. (45. 1). 2, Когда я обѣщаю хлопотать объ исполненіи третьимъ лицомъ дѣйствія. Отсюда возникаетъ противъ меня искъ объ убыткахъ за неисполненное дѣйствіе. § 3 J. de inut. stip.

Совершенно иначе представляется случай этотъ во второй формѣ: если третье лицо пріобрѣтаетъ право, наприм. получить деньги,—то было бы весьма естественно въ интересахъ третьяго лица признать договоръ въ силѣ и снабдить его искомъ. Здѣсь существуетъ соглашеніе обоихъ контрагентовъ, и можно легко допустить, что и третье лицо охотно изъявило согласіе на договоръ, клонящійся къ его выгодѣ.

Мы находимъ однако въ нашихъ источникахъ рѣшительное правило, что договоръ такого рода безусловно ничтоженъ, какъ по отношенію къ контрагенту, желавшему выговорить извѣстнаго рода выгоду для третьяго лица, такъ и для послѣдняго, которое могло бы воспользоваться этою выгодою. Ни кто изъ нихъ не пріобрѣтаетъ иска по такому договору: контрагентъ потому, что не желалъ пріобрѣсти права лично для себя, а третье лицо — потому, что подобный результатъ юридически невозможенъ (b). Хотя изъ этого правила и сдѣлано много исключеній, но само оно тѣмъ не менѣе остается непоколебимымъ.

Прежде всего необходимо найти этому правилу основаніе и выдѣлить изъ него все, что могло бы привести къ противоположному выводу.—Основаніе состоитъ въ томъ, что обязательства вообще, какъ ограниченіе естественной свободы, пользуются охраною закона только въ случаѣ удовлетворенія ими какой-либо насущной потребности гражданскаго оборота; потребность же эта ведетъ къ установленію правъ только для контрагентовъ, а не для третьяго лица (c). Такимъ образомъ,

---

(3. 19), L. 14 § 2 de pec. const. (13. 5), L. 81 pr. L. 83 pr. de V. O. (45. 1), L. ratam rem (46. 8).

(b) L. 26 C. de j. dot. (5. 12) „nec sibi, cessante voluntate nec tibi, prohibente jure, quaerere potuit actionem.“—L. 6 C. si quis alt. (4. 50)... „emti actionem nec illi, nec tibi quaesisti: dum tibi non vis, nec illi potes.“

(c) L. 38 § 17 de V. O. (45. 1) „Alteri stipulari nemo potest... inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat, quod sua interest: ceterum, ut alii detur, nihil interest mea.“ Этотъ текстъ воспроизведенъ также и въ § 19 J. de inut. stip. (3. 19). Такое сужденіе связано съ изложеннымъ выше принципомъ, что обязательства не должны быть поощряемы., см. выше, § 2, g.—Весьма подробно говоритъ объэтомъ раціональномъ основаніи нашего правила Donellus Lib. 12 C. 16 § 9. 10.—

основаніе его существенно отличается и отъ весьма ограниченныхъ принциповъ представительства древняго права, и отъ историческаго развитія, уничтожившаго впослѣдствіи эти ограниченія (§ 54).

Самое правило признано во многихъ текстахъ нашихъ источниковъ (d). Важнѣйшій изъ нихъ принадлежитъ Павлу (e):

> Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.

Смыслъ словъ: ex nostro contractu имѣетъ рѣшительное значеніе для объясненія текста. Они могутъ быть поняты только такъ: если я заключаю договоръ отъ собственнаго имени, не въ качествѣ представителя другаго лица; въ противномъ случаѣ, если я договариваюсь отъ имени и по довѣренности другаго, то это будетъ уже не noster contractus: тогда я только minister или nuncius другаго лица (f).

О такихъ контрактахъ Павелъ говоритъ, что они не влекутъ за собою никакихъ послѣдствій (inanem actum nostrum efficiunt,) если только не имѣютъ цѣлью сдѣлать самого меня

(d) § 4 J. de inut. stip. (3. 19). Gajus III. § 103, L. 38 § 17 de V. O. (45. 1), L. 9 § 4 de reb. cred. (12. 1), L. 73 § 4 de R. J. (50. 17).

(e) L. 11 de O. et A. (44. 7).

(f) Сравн. § 57 b. c. Ученые, вообще отрицающіе возможность прямаго представительства, относятъ напротивъ эти слова къ случаю представительства (§ 58, d.) и видятъ въ нихъ доказательство, что и при неформальныхъ контрактахъ представительство исключалось. Таковы: Мюленбрухъ, § 10, Пухта Vorlesungen § 273 и Бухка, стр. 3. Пухта говоритъ, что, по нашему объясненію, самый текстъ выходитъ весьма наивнымъ. Но онъ не наивнѣе многихъ другихъ текстовъ, приведенныхъ мною выше въ примѣч. b. и d, и существованіе которыхъ мы однако допускаемъ. — Нужно согласиться съ тѣмъ, что правило объ obligatio per liberam personam non adquirenda (§ 54, d., § 57 b. c.) двусмысленно; что, по своей формулѣ, оно приложимо и къ предлежащему случаю и къ свободному представительству. Быть можетъ, древніе юристы представляли себѣ не совсѣмъ ясно различіе между обоими случаями.

кредиторомъ (nisi ex nostra persona obligationis initium sumant). Все это не служитъ препятствіемъ къ непосредственной затѣмъ передачѣ моего права третьему лицу; только послѣднее предъявитъ тогда искъ не suo nomine, но, подобно всякому цессіонарію, въ качествѣ моего повѣреннаго (mandatar). Послѣдствіемъ будетъ установленіе юридическихъ отношеній, изложенныхъ мною выше (§ 57) для случая представительства втораго рода, когда представитель заключаетъ договоръ не въ этомъ качествѣ, а отъ собственнаго имени, хотя бы даже съ цѣлью осуществленія полученной довѣренности.

Изложенный принципъ относится, какъ ясно выражается Павелъ, не только къ формальнымъ, но и къ неформальнымъ договорамъ. Историческое развитіе начала представительства (§ 56) не имѣло по этому на него вліянія и онъ является неизмѣннымъ и въ юстиніановскомъ и въ нашемъ правѣ.— Сверхъ того онъ примѣнимъ не только къ искамъ но и къ простымъ эксцепціямъ, которыя могли быть пріобрѣтены по договору для третьихъ лицъ (g).—Много спорили по поводу вопроса о результатахъ стипуляціи, когда она совершалась отчасти для себя, отчасти для третьяго лица (mihi et Titio). Нѣкоторые признавали искъ всецѣло за фигурировавшимъ въ стипуляціи, другіе, вслѣдствіе формальной природы стипуляціи, признавали за нимъ право только на половину иска; послѣднему мнѣнію Юстиніанъ отдалъ предпочтеніе въ Институціяхъ (h). Напротивъ, неформальный контрактъ, допускающій болѣе свободное обсужденіе, въ подобномъ случаѣ, предоставляетъ право на полный искъ дѣйствующему лицу и добавленіе о третьемъ лицѣ совершенно игнорируется (i).

Теперь слѣдуетъ указать на исключенія изъ правила, изъ которыхъ впрочемъ большинство и важнѣйшія только кажущіяся. При внимательномъ ихъ разсмотрѣніи оказывается, что или третье лицо не можетъ считаться истиннымъ кредиторомъ,

---

(g) L. 17 § 4, L. 21 § 2 qe pactis (2. 14), L. 73 § 4 de R. J. (50. 17).

(h) Gajus III. § 103. L. 110 pr. de V. O. (45. 1), § 4 J. de inut. stip. (3. 19).

(i) L. 64 de contr. emt. (18 1).

или участвующій въ договорѣ представляется не настоящимъ контрагентомъ, а только (болѣе или менѣе замаскированнымъ) представителемъ, такъ что въ обоихъ случаяхъ не существуетъ необходимыхъ условій для примѣненія правила.—

I. Случаи, когда право иска, пріобрѣтаетъ договаривающійся, а не третье лицо.

A. Если, по содержанію договора, третье лицо не имѣетъ значенія управомоченнаго, кредитора, и является только лицомъ, по отношенію къ которому обѣщанное удовлетвореніе можетъ быть совершенно съ тѣми же послѣдствіями, какъ и по отношенію къ самому кредитору (k). Это не составляетъ исключенія въ собственномъ смыслѣ слова изъ установленнаго выше правила, а только спеціальное замѣчаніе о свойствѣ исполненія. Впрочемъ необходимо, что бы такая цѣль удовлетворенія прямо вытекала изъ содержанія договора (l). Простое упоминаніе о ней недостаточно для обезпеченія силы договора, который иначе подойдетъ подъ условія нашего правила, и слѣдовательно, ничтоженъ.

B. Удовлетвореніе, представляемое третьему лицу, совершается не къ выгодѣ послѣдняго, а самаго договаривающагося. Сюда относятся слѣдующіе частные случаи:

Когда третье лицо было сыномъ или рабомъ договаривающягося. Такія лица не должны были, да и не могли вообще ничего пріобрѣтать для себя, а только для отца семейства (заключавшаго въ этомъ случаѣ договоръ).

Когда третье лицо служитъ управляющимъ или кассиромъ договаривающагося, т. е. простымъ орудіемъ для полученія удовлетворенія.

Когда третье лицо есть кредиторъ договаривающагося, тре-

(k) § 4 J. de inut. stip. (3. 19). L. 56 § 2. 3, L. 141 § 4 7. 8. 9. de V. O. (45. 1.).—Наши ученые называютъ въ этомъ случаѣ третье лицо—adjectus solutionis causa. Подробнѣйшее разсмотрѣніе этого случая относится къ ученію о прекращеніи обязательства посредствомъ удовлетворенія.

(l) Употребительною римской формулой для стипуляціи такого рода была: mihi aut Titio.

(m) § 4. 20 J. de inut. stip. (3. 19), L. 38 § 20—23, L. 39. 40 de V. O. (45. 1), L. 27 § 1 de pactis (2. 14).

бующій удовлетворенія; послѣднее въ концѣ концовъ, все-таки поступаетъ въ пользу договаривающагося.

Случаи второй категоріи не отличаются существенно отъ случая, входящаго въ первую (т. наз. adjectus); все различіе между ними—сводится къ чисто внѣшнему обстоятельству, что adjectus употребляется обыкновенно въ интересѣ должника для облегченія удовлетворенія.

С. Наконецъ результатъ, о которомъ мы говоримъ можетъ быть достигнутъ непрямымъ путемъ, когда удовлетвореніе производимое третьему лицу, считается не правомъ послѣдняго, а только условіемъ, неисполненіе котораго даетъ кредитору права требовать съ должника неустойку (n).

II. Случаи, когда третье лицо, а не договаривающійся, пріобрѣтаетъ право иска.

А. Если сынъ стипулируетъ за отца или рабъ за господина, то искъ всегда пріобрѣтается отцомъ (o).—Очевидно, что здѣсь только кажущееся исключеніе, такъ какъ въ подобномъ случаѣ подвластное лицо всегда было простымъ представителемъ отца семейства, все равно—выразилъ-ли послѣдній свое согласіе на сдѣлку и даже желалъ онъ ея или нѣтъ (§ 54).

В. Гораздо важнѣе случай, когда договоръ, заключенный первоначально въ интересахъ третьяго лица и помимо представительныхъ отношеній, впослѣдствіи сводится къ такимъ отношеніямъ. Это бываетъ, если третье лицо подтверждаетъ впослѣдствіи договоръ, заключенный сначала безъ довѣренности отъ него; слѣдовательно, онъ тѣмъ самымъ признаетъ первоначальнаго контрагента своимъ представителемъ, а потому и случай этотъ сводится къ разряду чисто кажущихся исключеній.—Почти всегда, договоры указаннаго нами разряда заключаются сначала въ томъ смыслѣ, что непосредственный контрагентъ считается negotiorum gestor'омъ третьяго лица; такимъ образомъ, все правило съ момента послѣдующаго подтвержденія теряетъ всякую силу. Оно сохраняетъ практическое

(n) § 19 J. de inut. stip. (3. 19), L. 38 § 17 de V. O. (45. 1).

(o) L. 38 § 17 de V. O. (45. 1). „Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur"...§ 4 J. de inut. stip. (3. 19), Gajus III. § 103.

значеніе развѣ въ томъ случаѣ, когда договоръ еще до подтвержденія уничтожается лицами, заключившими его, на что они имѣютъ въ это время несомнѣнное право (p).

C. Если кто-либо стипулируетъ на имя своего будущаго наслѣдника, то послѣдній пріобрѣтаетъ вслѣдствіе этого право иска (q).

D. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, дающій приданое можетъ обусловить въ пользу извѣстнаго третьяго лица право иска на обратное востребованіе этого приданаго (r).

Правило, изложенное въ настоящемъ параграфѣ, со всѣми исключеніями,оставалось неизмѣннымъ въ юстиніановскомъ правѣ,—и нѣтъ никакого внутренняго основанія допускать исчезновенія его подъ вліяніемъ современной юридической практики въ томъ смыслѣ, будто третье лицо, въ интересахъ котораго заключенъ договоръ, можетъ теперь пріобрѣсть право иска, не вступая въ силу довѣренности или послѣдующей ратигабиціи въ отношеніе представительства.

Новѣйшіе юристы относятся довольно небрежно къ этому ученію, оставляя, болѣе или менѣе безъ вниманія различіе изложеннаго здѣсь случая отъ представительства (§ 53). Нѣкоторые вовсе неупоминаютъ объ этомъ случаѣ, другіе же, сами того не замѣчая, смѣшиваютъ его съ представительствомъ. Послѣдствіемъ такого заблужденія было не основательное примѣненіе такъ называемой современной практики и къ этому послѣднему случаю и признаніе возможности пріобрѣтенія, по

(p) Buchka, стр. 165, 168. 210 и слѣд., гдѣ указаны и другіе писатели по этому вопросу.

(q) L. un. C. ut actiones (4. 11). Подобный договоръ однороденъ съ stipulatio post mortem L. 11 C. de contr. stip. (8. 38), § 13 J. de inut. stip. (3. 19). До этихъ указовъ Юстиніана можно было пріобрѣсть для своего наслѣдника только exceptio, а не право иска. L. 33 de pactis (2. 14), L. 10 de pactis dot. (23. 4).

(r) Болѣе подробное изслѣдованіе вопроса возможно только въ связи съ общимъ изложеніемъ права о приданомъ. Главные тексты: L. 45 sol. matr. (24. 3), L. 7 C. de pactis conventis (5 14).

дѣйствующему праву, для всякаго третьяго лица права иска по договору, заключенному другимъ, даже безъ довѣренности (s).

Съ точки зрѣнія истинной теоріи подобное ученіе должно быть отвергнуто, хотя, по своимъ практическимъ послѣдствіямъ, оно менѣе опасно, нежели представляется съ перваго взгляда. Разсмотрѣнный случай, съ одной стороны, не часто встрѣчается, а съ другой—не имѣетъ большаго значенія, по изложеннымъ нами основаніямъ. Въ большинствѣ важнѣйшихъ своихъ примѣненій онъ сводится, вслѣдствіе позднѣйшей ратигабиціи, къ одному изъ случаевъ представительства, подвергаясь тогда дѣйствію правилъ, установленныхъ для этого института.

§ 60.

I. Договоръ. B. Лица. Представительство (Продолженіе).

Въ заключеніе всей теоріи намъ остается еще указать, въ какія формы облеклась она въ главнѣйшихъ законодательствахъ новаго времени. Въ виду весьма распространеннаго мнѣнія, приписывающаго практикѣ новѣйшаго времени (§ 58) мнимое модифицирующее вліяніе на римское право, слѣдовало ожидать, что законодательства примкнутъ къ этой мнимой практикѣ, которая, по моему мнѣнію, есть собственно выраженіе послѣдняго состоянія римскаго права. Такое ожиданіе совершенно оправдывается и особенности, замѣтныя во многихъ новѣйшихъ законадательствахъ, составляютъ только ближайшія опредѣленія подробностей.

(s) Такъ смотритъ на дѣло Mühlenbruch § 14 прим. 297, стр. 147. Попытку точнѣйшаго разграниченія обоихъ случаевъ сдѣлалъ Buchka, стр. 202 и слѣд.; но весьма поздно и въ такомъ мѣстѣ, гдѣ его идея не могла болѣе вліять на образованіе теоріи, такъ какъ въ послѣдней онъ безусловно примыкаетъ къ своимъ ближайшимъ предшественникамъ, которые знать не хотѣли этого различія.

I. Прусское право.

A. Договоръ, заключенный представителемъ, вполнѣ обязываетъ представляемаго, предполагая, что первый дѣйствовалъ въ предѣлахъ довѣренности, въ противномъ случаѣ представляемый ни чѣмъ не обязывается (a).

Сверхъ того, ландрехтъ содержитъ въ себѣ подробнѣйшее опредѣленіе какъ способа, посредствомъ котораго противная сторона можетъ убѣдиться въ предѣлахъ довѣренности (b), такъ и случаевъ предполагаемаго и подразумѣваемаго полномочія (c).

B. По общему правилу, представитель не обязывается лично договоромъ (d); развѣ онъ заключаетъ договоръ отъ собственнаго имени (т. е. не въ качествѣ представителя) (e).

Отступленіе отъ этого общаго правила допущено въ торговомъ правѣ для договоровъ, заключенныхъ представителемъ торговаго дома по дѣламъ послѣдняго. Здѣсь вообще дѣйствуютъ правила институрнаго иска, и противной сторонѣ принадлежитъ право выбора—предъявить искъ или къ представителю, или къ хозяину фирмы съ тѣмъ однакоже ограниченіемъ, что первый отвѣчаетъ только за торговое имущество, находящееся въ его рукахъ и до тѣхъ поръ, пока продолжается его представительство, если только онъ не вступилъ въ сдѣлку, обязывающую его лично (f).

C. Договоры, заключенные для третьяго лица безъ отношенія представительства и къ которымъ большая часть писателей по общему праву относится небрежно и безразлично (§ 59) въ ландрехтѣ вполнѣ отличаются отъ договоровъ совершенныхъ чрезъ представителя; они даже излагаются въ особомъ мѣстѣ (g).

(a) A. L. R. ч. I. тит 13 § 85. 90.
(b) A. L. R. ч. I. тит. 13 § 91 и слѣд.
(c) A. L. R. ч. I. тит. 13 § 119 и слѣд.
(d) A. L. R. ч. I. тит. 13 § 153.
(e) A. L. R. ч. I. тит. 13 § 154. — Это случай, который я выше (§ 57) назвалъ представительствомъ втораго рода.
(f) A. L. R. ч. II. тит. 8 § 541—545.
(g) О представительствѣ говорится при изложеніи договоровъ довѣренности ч. I, тит 13; о договорѣ же для третьяго лица—

Если въ какомъ нибудь контрактѣ, выговариваются выгоды третьему лицу, не дававшему довѣренности, то оно не пріобрѣтаетъ никакихъ правъ по контракту, который слѣдовательно, можетъ быть по произволу уничтоженъ контрагентами. Но если третье лицо, съ согласія контрагентовъ, одобрило контрактъ, то оно пріобрѣтаетъ право, потому что въ силу ратигабиціи возникаютъ отношенія представительства (h).

Договоръ, по которому кто либо обѣщаетъ дѣйствіе третьяго лица, долженъ быть толкуемъ въ томъ смыслѣ, что обѣщающій позаботится объ исполненіи дѣйствія. Если онъ не приложитъ заботъ, или помѣшаетъ исполненію дѣйствія, то отвѣчаетъ за убытки (i). За послѣдствія же самаго дѣйствія онъ отвѣчаетъ только въ томъ случаѣ, когда къ этому обязался спеціально (k).

II. Австрійское право.

Здѣсь кратко и просто признанъ принципъ, что договоръ, заключенный представителемъ въ предѣлахъ довѣренности, служитъ основаніемъ правъ и обязанностей для представляемаго, но не для представителя (l).

III. Французское право.

Въ такомъ же краткомъ и простомъ видѣ, какъ въ австрійскомъ кодексѣ, признаетъ главный принципъ и кодексъ французскій (m).

въ общемъ ученіи о договарахъ ч. I тит. 5. О послѣднемъ ученіи срав. Bornemann, Preussisches Civilrecht, т. 2. § 137.

(h) A. L. R. ч. I. тит. 5 § 74—77.—Это особое исключеніе, что обѣщанный даръ можетъ быть законно принятъ всякимъ третьимъ лицомъ, въ случаѣ младенчества, болѣзни или слабоумія одаряемаго, не способнаго лично принять даръ. A. L. R. ч. I, тит. 11 § 1060.

(i) A. L. R. ч. I тит. 5 § 40—44.—Срав. выше § 59 a.

(k) A. L. R., ч. I. тит. 5 § 45.

(l) Австрійскій кодексъ § 1017.

(m) Code civil art. 1998. 1998.

§ 61.

I. Договоръ. B. Лица. Неопредѣленное лицо.

Мы замѣтили выше (§ 53), что при договорахъ бываютъ два различныхъ случая, когда положеніе лицъ, вступающихъ въ договоръ, представляется не самымъ простымъ и естественнымъ; вслѣдствіе этого и была выставлена необходимость болѣе глубокаго изслѣдованія личныхъ отношеній.

Одинъ изъ нихъ касается представительства и связанныхъ съ нимъ опредѣленій, объ этомъ мы и говорили до сихъ поръ (§ 53—60).

Другой—касается той особенной формы обязательства, когда послѣднее не служитъ связью, какъ обыкновенно, между двумя индивидуально опредѣленными лицами, а относится скорѣе къ какому либо общему качеству одной изъ сторонъ, которое въ началѣ существуетъ у извѣстнаго лица, современемъ же можетъ перейти къ лицу совершенно иному (a).

Объ этомъ отличительномъ свойствѣ нѣкоторыхъ обязательствъ я уже упоминалъ въ другихъ мѣстахъ (b). Сюда относятся, по римскому праву, обязательства, которыя, вслѣдствіе узуфрукта или другаго вещнаго права, установляются между владѣльцемъ и собственникомъ вещи и переходятъ въ видѣ простыхъ послѣдствій собственности или jura in re; далѣе, обязательства, вытекающія изъ колоната вслѣдствіе простаго факта рожденія. Къ этой же категоріи, по нѣмецкому праву, принадлежатъ реальныя повинности (Reallasten), ленныя права (Bannrechte) и крѣпостное состояніе (Leibeigenschaft).

(a) По римскому наслѣдственному праву, въ актѣ послѣдней воли не могла фигурировать incerta persona, но это ограниченіе было уничтожено Юстиніаномъ, § 25—27. J. de legatis (2. 20). Это тоже понятіе объ incerta persona, которое приложимо къ обязательствамъ.

(b) System. т. 2 § 103. Т. 1. § 55 b. — См. также § 15 настоящ. соч.

Изъ всего указаннаго немаловажнаго разряда обязательствъ, мы остановимся здѣсь только на одномъ весьма ограниченномъ случаѣ. Мы должны отвѣтить: возможно-ли по договору, т. е. по частному соглашенію, вступать въ обязательство съ неопредѣленнымъ лицомъ, и каковы послѣдствія такого обязательства? Для разрѣшенія вопроса необходимо предположить, что извѣстное лицо, въ качествѣ должника, желаетъ вступить въ договоръ съ неопредѣленнымъ лицомъ, какъ кредиторомъ, ожидая отъ договора обыкновенныхъ послѣдствій обязательства.

Многіе ученые вообще допускаютъ или, покрайней мѣрѣ, предполагаютъ возможность подобнаго договора. Но, по моему мнѣнію, она должна быть отвергнута съ точки зрѣнія общаго права (c), и того же принципа, по которому римское право не даетъ силы договору, заключенному, безъ всякой довѣрености въ пользу третьяго лица. Обязательства, какъ ограниченія естественной свободы, введены не для такихъ цѣлей и осуществляя ихъ подобнымъ образомъ мы произвольно перешагнемъ за предѣлы ихъ естественнаго назначенія (§ 59 c).

Я сейчасъ укажу на нѣкоторые довольно частыя, хотя и не важныя примѣненія, связанныя обыкновенно съ этимъ вопросомъ.

Если кто-либо назначаетъ въ публичныхъ вѣдомостяхъ или объявленіяхъ извѣстную сумму денегъ за отысканіе или доставленіе ему пропавшей или украденной вещи, то, по смыслу публикаціи, виновникъ ея обязывается уплатить эту сумму неопредѣленному лицу, которое можетъ способствовать достиженію его цѣли. По общему праву, я не могу здѣсь признать за лицомъ, отыскавшимъ вещь или указавшимъ мѣсто ея нахожденія, право иска обѣщанной суммы. Я не хочу сказать, чтобы обѣщаніе послѣдней не имѣло никакихъ послѣдствій; въ большей части случаевъ она уплачивается добровольно подобно тому, какъ долги по игрѣ обыкновенно уплачиваются

(c) Stahl, Philosophie des Rechts. т. 2, стр. 316. „Къ существу обязательства принадлежитъ также и опредѣленность лица creditor'a...Впрочемъ, исключенія представляютъ наши обязательства au porteur. Но институтъ этотъ имѣетъ публичный характеръ."

(d) Unterholzner т. 1 § 26 № I признаетъ обязательство.

исправнѣе прочихъ долговъ даже тамъ, гдѣ законодательство (каково общее право) считаетъ ихъ ничтожными. Нашедшій или указавшій вещь, въ случаѣ уклоненія отъ выдачи вознагражденія, имѣетъ только право преслѣдовать виновника публикаціи посредствомъ doli actio, если, вслѣдствіе объявленія, онъ сдѣлалъ нѣкоторыя издержки (e).

Такой же характеръ имѣютъ и преміи за полезныя открытія, сочиненія и проч. По общему праву, я и здѣсь не признаю иска; но въ дѣйствительности отказъ въ вознагражденіи бываетъ еще рѣже, нежели въ предъидущемъ случаѣ. Прусскій Ландрехтъ признаетъ существованіе обязательства уплатить премію, пускаясь при этомъ въ подробныя опредѣленія (f).

Къ числу договоровъ съ неопредѣленнымъ лицомъ очень часто, хотя неосновательно, причисляли употребительный и важный случай публичной продажи. Однако, здѣсь существовали разногласія по поводу момента времени и факта, считающихся началомъ совершенія договора (g). Впрочемъ, какимъ бы образомъ не опредѣлялся, этотъ моментъ, всетаки покупателемъ, во время совершенія, является лицо извѣстное, опредѣленное. Слѣдовательно неопредѣленность здѣсь касается только времени приготовительныхъ дѣйствій къ договору, а не времени его заключенія.

Всѣ перечисленные случаи не имѣютъ никакого значенія для гражданскаго оборота вообще. Я упомянулъ объ нихъ въ смыслѣ введенія къ подробному изложенію единственно важнаго случая этой категоріи, именно бумагъ на предъявителя, которыми мы теперь и займемся.

(e) L. 15 de praescrip. verb. (19. 5), сюда не относится, такъ какъ здѣсь говорится о договорѣ съ опредѣленнымъ лицомъ, а не о вознагражденіи обѣщанномъ публично.

(f) A. L. R. ч. 1 тит. 11 § 988 — 995. Впрочемъ § 988 говоритъ только: „Всякому дозволяется предлагать публичныя преміи за обще-полезные умственные или фактическіе труды или предпріятія.“ Но и безъ этого закона, само собою разумѣется, что подобное дѣйствіе дозволено. т. е. не запрещено. Впрочемъ, это неопредѣленное выраженіе означаетъ совершенно другое, именно, что предложившаго можно принудить къ платежу искомъ; что несомнѣнно подтверждается послѣдующими параграфами.

(g) Срав. Unterholzner т. 1 § 26 N. V. Puchta. Pandekten и Vorlesungen § 252.

§ 62.

I. Договоръ. В. Лица. Бумаги на предъявителя.

Литература.

Gönner von Staats-Schulden. Abth. 1. München 1826.

Bender Verkehr mit Staatspapieren 2-ое изданіе. Göttingen 1830.

Souchay Ueber die auf jeden Inhaber lautenden Verschreibungen. (Archiv f. civil. Praxis. т. 10 № 5 1827).

Souchay (a) Über Obligationen und Coupons au porteur (Zeitschrift von Linde. т. 5 № 5 1832).

Schumm Amortisation von Schuldurkunden (Archiv. т. 13. Beilageheft 1830).

L. Duncker Ueber Papiere auf den Inhaber (Reischer и Wilda. Zeitschrift für Deutsches Recht. т. 5 № 2 стр. 30—52. Leipzig 1841).

Mittermaier Deutsches Privatrecht 7-ое изд. § 273. 274. 304. 329.

Thöl Handelsrecht т. 1. Göttingen 1841. § 51—56.

Бумагами на предъявителя (auf den Inhaber, au porteur) мы называемъ документы, въ силу которыхъ право требованія принадлежитъ не одному опредѣленному лицу, а всякому, состоящему въ извѣстномъ отношеніи къ документу (b). Очевидно, что случай этотъ принадлежитъ къ числу обязательственныхъ соглашеній съ неопредѣленнымъ кредиторомъ (§ 61) и, согласно высказанному нами взгляду, мы должны, съ точки зрѣнія нашего общаго права, отвергнуть его правомѣрность.

Вопросъ о дѣйствительности такихъ бумагъ былъ возбужденъ

(a) Въ ссылкахъ я оба эти сочиненія обозначаю: Souchay I и II.

(b) Я съ цѣлью употребляю здѣсь неопредѣленное выраженіе: „въ извѣстномъ отношеніи“, оставляя въ сторонѣ вопросъ: есть ли послѣднее собственность или владѣніе и именно владѣніе въ томъ или другомъ смыслѣ слова. Объ этомъ я скоро поговорю подробно.

не теоретическими разсужденіями; къ нему привели, напротивъ, настоятельныя практическія потребности. Для наглядного уясненія свойства послѣднихъ, необходимо вообще сравнить между собою важнѣйшія составныя части всякой экономической цѣнности, т. е. собственности и обязательствъ (c).

По принципу, собственность подлежитъ свободному, произвольному отчужденію,—которое сопряжено съ дѣйствительнымъ переходомъ, т. е. съ продолженіемъ прежней собственности въ новомъ лицѣ; такой фактъ отличается, слѣдовательно, отъ потери собственности, связанной съ одновременнымъ установленіемъ новой, пріобрѣтаемой въ силу давности владѣнія. Отчужденіе ведетъ за собою полное отрѣшеніе вещи отъ личности прежняго собственника и всѣхъ прочихъ его юридическихъ отношеній.

Совершенно иное при обязательстахъ: здѣсь нѣтъ истиннаго отчужденія въ вышеуказанномъ смыслѣ слова, и контрагенты, желающіе достигнуть такой цѣли, должны прибѣгнуть для этого къ двумъ совершено различнымъ средствамъ. Во-первыхъ, они могутъ уничтожить прежнее обязательство и установить вмѣсто него новое, того-же содержанія, въ интересахъ новаго кредитора (новація); здѣсь нѣтъ отчужденія, а только замѣна одного обязательства другимъ, равноцѣннымъ. Во-вторыхъ кредиторъ, вмѣсто отчужденія своей претензіи другому кредитору, можетъ передать ему только право преслѣдованія должника, т. е. предъявленія своего личнаго иска, съ условіемъ—удержать отысканный предметъ (цессія). Юридическая сдѣлка втораго рода, которая можетъ быть послѣдовательно осуществлена многими лицами (цессіонаріи), существенно отличается отъ отчужденія собственности тѣмъ, что не влечетъ полнаго отрѣшенія отъ личности первоначальнаго собственника и всѣхъ прочихъ его юридическихъ отношеній. Отсюда вытекаетъ то важное послѣдствіе, что каждому цессіонарію, хотя бы даже право дошло до него послѣ многихъ цессій могутъ быть противупоставлены возраженія, касающіяся личности первоначаль-

---

(c) Для ясности я вынужденъ приводить здѣсь принципы и теоріи, настоящее мѣсто которыхъ въ слѣдующемъ томѣ.

наго кредитора, напр. компенсація или exceptio non numeratae pecuniae,—а также возраженіе, касающееся промежуточныхъ цессій, напр. эксцепція по lex Anastasiana (d).

Указанное важное различіе между собственностью и обязательствами проглядывало уже въ юридическихъ сборникахъ Юстиніана, хотя не было выражено въ видѣ принципа ни въ одномъ текстѣ; поэтому оно не получило всеобщаго признанія и у новыхъ юристовъ. Теперь мы находимъ его выраженнымъ съ большою опредѣленностью въ одномъ текстѣ Гая. Сказавъ о различныхъ формахъ отчужденія собственности, онъ выставляетъ различіе между обязательствами и собственностью въ слѣдующихъ словахъ (e);

> Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt. Nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possumus, sed opus est, ut jubente me tu ab eo stipuleris: quae res efficit, ut a me liberetur, et incipat tibi teneri; quae dicitur novatio obligationis.—Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea, quasi cognitor aut procurator meus, experiri.

Подобный взглядъ на обязательства совершено удовлетвори-

(d) Срав. Mühlenbruch Cession. § 60.—Въ новѣйшихъ кодексахъ хотя и говорится, что цессія переноситъ право собственности на обязательство, т. е. самое существо права,такъ что повидимому, устраняется упомянутое въ текстѣ различіе между собственностью и обязательствомъ (A. L. R. I 11 § 376. 393); но только повидимому, такъ какъ затѣмъ ясно прибавляется, что цессіонарію могутъ быть противопоставлены возраженія, касающіяся личности цедента, именно компенсація (A. L. R. I. 11 § 407. 408. 735. 736, I. 16 § 313). Слѣдовательно, здѣсь мы видимъ то же, что и въ римскомъ правѣ, только съ меньшей послѣдовательностью.—Постановленія австрійскаго кодекса § 1394 — 1396. аналогичны.

(e) Gajus Lib. 2 § 38. 39. — Указаніе, впрочемъ гораздо болѣе узкое, на то же свойство обязательствъ находится въ слѣдующемъ текстѣ Ульпіана L. 25 § 2 de usufr. (7. 1) „quamvis non soleat stipulatio semel cui quaesita ad alium transire, nisi ad heredem vel adrogatorem„ (слѣдовательно никакъ не чрезъ сингулярную цессію,—принципѣ, на который указываетъ Гай).

теленъ въ приложеніи къ обыкновенному, повседневному обороту. Но нельзя того же сказать по отношенію къ сложнымъ сдѣлкамъ крупнаго оборота, требующимъ обыкновенно быстрыхъ, живыхъ сношеній, и осуществленія въ весьма отдаленныхъ пунктахъ, — сдѣлкамъ, вызваннымъ, напр., постоянно возрастающимъ развитіемъ всемірной торговли новаго времени.—Здѣсь явилась потребность въ установленіи новыхъ формъ, при посредствѣ которыхъ упомянутыя выше преимущества, связанныя съ отчужденіемъ собственности, могли бы быть примѣнены и къ обязательствамъ.

Для яснаго пониманія сущности задачи, необходимо внимательно разсмотрѣть всѣ затрудненія, вытекающія изъ описанной природы цессіи (сравнительно съ передачею собственности). Такихъ затрудненій д в а; они различны и независимы другъ отъ друга.

П е р в о е з а т р у д н е н і е, указаное уже выше, состоитъ въ томъ, что при цессіи право всегда остается связаннымъ съ первоначальнымъ кредиторомъ и должникъ можетъ противупоставить эксцепцію, касающуюся какъ кредитора, такъ и всѣхъ посредствующихъ въ цессій лицъ.

Совершенно иное в т о р о е з а т р у д н е н і е; оно состоитъ въ томъ, что послѣдній цессіонарій, желающій воспользоваться своимъ правомъ, обязанъ доказать всѣ посредствующія цессіи, иногда весьма многочисленныя.—Съ перваго взгляда кажется, что второе затрудненіе не составляетъ особенности обязательствъ, такъ какъ и собственникъ долженъ доказывать всѣ предшествующія передачи, начиная отъ перваго собственника до него самаго. Но съ практической точки зрѣнія, собственникъ пользуется слѣдующими облегченіями, которыхъ нѣтъ при цессіи. Владѣлецъ всегда можетъ начать пріобрѣтеніе новой собственности въ силу давности, которая, особенно въ древнемъ правѣ, такъ сильно поощрялась краткостью сроковъ.

И до истеченія давности, владѣлецъ защищается посредствомъ actio publiciana, которая почти всегда охраняетъ его также, какъ и давность. Наконецъ, необходимо имѣть въ виду еще одно различіе между собственностью и обязательствами, практическое значеніе котораго легко не замѣтить.

Осуществленіе собственности и пользованіе ею состоятъ въ

непосредственномъ отношеніи лица къ вещи, и только въ весьма рѣдкихъ случаяхъ—правонарушенія или спора — можетъ представится необходимость доказать передачи (которыя и здѣсь могутъ быть многочисленны). Пользованіе же обязательствомъ и осуществленіе его рѣшительно невозможны безъ содѣйствія должника, и, если даже самъ должникъ имѣетъ намѣреніе исполнить обязательство и достаточное для того имущество послѣдній цессіонарій всетаки долженъ доказать всѣ посредствующія цессіи.

Таковы практическія затрудненія для оборота обязательствъ. И вотъ, для ихъ устраненія или смягченія явилась потребность въ новыхъ формахъ. Указаніемъ на эти новыя, болѣе легкія формы послужило то обстоятельство, что почти всѣ болѣе или менѣе важныя обязательства заключаются не просто на словахъ, но обыкновенно при посредствѣ какихъ-либо письменныхъ документовъ (долговыя росписки и проч.). Здѣсь документъ составляетъ тѣло, вещь, т. е. возможный предметъ собственности и владѣнія. Отсюда уже виденъ путь, какъ слѣдуетъ воспользоваться отношеніемъ кредитора къ этой вещи (долговому документу) для облегченія передачи претензіи, т. е. права противъ должника. Теперь я попытаюсь, по порядку, указать на цѣлый рядъ случаевъ, въ которыхъ новый способъ, съ большимъ или меньшимъ успѣхомъ, примѣнялся для достиженія цѣли. Всѣхъ ихъ можно подвести подъ общее понятіе воплощенія обязательства (Verkörperung der Obligation). При каждомъ изъ нихъ мы всегда будемъ имѣть въ виду два вопроса:

Дѣйствительна-или нѣтъ форма договора? Каково значеніе и послѣдствія ея дѣйствительности и недѣйствительности?

§ 63.

I. Договоръ. B. Лица. Бумаги на предъявителя (Продолженіе).

Первый и простѣйшій путь, ведущій къ достиженію указанной цѣли (§ 62), состоитъ въ дозволеніи всякому третьему лицу, какъ владѣльцу долговаго документа, отыскивать право, выраженное въ послѣднемъ, такъ что простое владѣніе долговымъ документомъ должно считаться законнымъ основаніемъ иска, подобнымъ фиктивной или предполагаемой цессіи.— Противъ такого способа говоритъ не только опасность злоупотребленій, сопряженныхъ съ незаконнымъ владѣніемъ (съ чѣмъ по большей части неразлучны и послѣдующіе способы), но въ особенности то обстоятельство, что отъ простаго существованія обыкновеннаго долговаго документа никоимъ образомъ нельзя заключить къ намѣренію сторонъ, о подобномъ пользованіи, которое можетъ даже совершенно противорѣчить ихъ желаніямъ.— Вотъ почему способъ этотъ не нашелъ сочувствія ни въ ученомъ мірѣ, ни въ практикѣ (a).

Другое дѣло, если уже содержаніе документа показываетъ, что сами стороны хотѣли подобнаго результата; тогда ихъ намѣреніе можетъ выразиться въ двухъ различныхъ формахъ.

Простѣйшая состоитъ въ документѣ, указывающемъ на опредѣленнаго должника, безъ кредитора; такъ что должникъ обязывается платить каждому предъявителю. Очевидно, здѣсь не можетъ быть рѣчи ни о цессіи, ни о ея доказательствѣ; напротивъ, здѣсь ясно желаніе должника — считать кредиторомъ всякаго предъявителя. Спрашивается только: дѣйствительна ли подобная юридическая сдѣлка? Многіе ученые считаютъ ее дѣйствительною (b); напротивъ, другіе, и главныя авторитеты—недѣйствительной (c); что же касается моего мнѣ-

---

(a) Glück. т. 16., стр. 439.
(b) Glück. т. 16., стр. 441. 442.
(c) Mühlenbruch Cession § 42., стр. 458. Puffendorf, Obs.

нія, то согласно установленнымъ выше правиламъ (§ 61), я долженъ высказаться за ея недѣйствительность. Ни судебная практика, ни важность интересовъ гражданскаго оборота, каковы бы они ни были, не въ состояніи, съ абстрактной точки зрѣнія, сообщить дѣйствительность подобной сдѣлкѣ (d).

Вторая форма состоитъ въ томъ, что хотя долговой документъ выданъ опредѣленному лицу, какъ кредитору, но съ припиской: и предъявителю, законному предъявителю, или же съ другою подобною припиской. Такимъ образомъ здѣсь признается право альтернативное, относящееся, къ одному опредѣленному и въ тоже время къ другому—неопредѣленному лицу; и вотъ спрашивается: кого слѣдуетъ разумѣть подъ этимъ неопредѣленнымъ лицомъ? По крайней мѣрѣ, существуетъ мнѣніе, устанавливающее различіе между этими выраженіями,—такъ что предъявитель будетъ не все ровно, что законный предъявитель; но это мнѣніе должно быть отвергнуто уже потому, что указанная выше приписка не исчерпывается только приведенными двумя формами, а, напротивъ, способна къ самымъ разнообразнымъ модификаціямъ. Оставляя въ сторонѣ это различіе, какъ неосновательное, мы должны выбрать одинъ изъ двухъ взглядовъ: первый—болѣе либеральный, второй—болѣе строгій; каждый имѣетъ своихъ защитниковъ.—По либеральному взгляду всякій предъявитель долговаго документа можетъ отыскивать свое право потому, что простое владѣніе ведетъ уже къ предположенію цессіи; приписка законный указываетъ только на добросовѣстное владѣніе, которое всегда предполагается и не служитъ, слѣдовательно, практическимъ препятствіемъ въ этомъ отношеніи (e).—По строгому взгляду, оба выраженія указываютъ только на законную возможность цессіи, предполагая, однако, что фактъ цессіи долженъ быть доказанъ (f). Справедливость этого болѣе строгаго взгляда вид-

---

IV. 218, въ сущности также держится этого мнѣнія, потому что требуетъ доказательства цессіи.

(d) О конкретномъ приложеніи этой формы, именно о векселѣ на предъявителя, рѣчь будетъ впереди:

(e) Bender, стр. 167. 168, гдѣ указаны и другіе писатели:—Dunker § 2. 3.

(f) Glück, т. 16, стр. 440. 441.—Thöl. Handelsrecht. § 54. Примѣч. 2.

на уже изъ множества актовъ XIV и XV в. в., гдѣ право третьяго лица — предъявителя именно обусловлено согласіемъ первоначальнаго кредитора, т. е. доказательствомъ цессіи (g).

Такимъ образомъ, во всѣхъ этихъ юридическихъ сдѣлкахъ, мы не можемъ признать тѣхъ облегчительныхъ формъ, о необходимости которыхъ говорили выше. (§ 62). Если даже мы согласились бы примкнуть къ воззрѣнію нашихъ противниковъ, то такая уступка съ нашей стороны имѣла бы только историческій интересъ и осталась бы безъ всякаго значенія для новѣйшаго права. Подобныя сдѣлки, хотя встрѣчаются и теперь, но не имѣютъ обыкновенно большаго значенія для оборота.

Напротивъ, потребности торговой жизни вызвали въ новѣйшее время договорныя формы, которыя отчасти примыкаютъ къ указаннымъ юридическимъ сдѣлкамъ и вполнѣ удовлетворяютъ упомянутой цѣли (§ 62). Сюда относятся: вексель и морское застрахованіе.

I. Вексельная сдѣлка.

Съ самаго своего появленія, вексель постепенно совершенствовался и наконецъ сталъ мало-по-малу важнымъ и необходимымъ орудіемъ торговли (h). Многіе ученые считаютъ его деньгами неправильно; онъ только носитель денегъ, а сущность его состоитъ въ облегченіи и гарантіи платежей, даже въ самыхъ отдаленныхъ пунктахъ и при участіи безконечнаго числа лицъ, причастныхъ къ обязательству.

(g) Dunker, поборникъ свободнаго воззрѣнія (примѣч. e), самъ приводитъ слѣдующіе тексты: N. III (отъ 1334 года): „и тотъ, на письмѣ котораго обозначено согласіе монахини.“ N. VII (1434 г.): „а также и тотъ, въ письмѣ котораго содержится и выражено: „по его согласію и произволу“ N. VIII (1434 г): „или тотъ въ письмѣ котораго находится: съ его согласія и воли“. Во всѣхъ этихъ договорахъ право предъявителя обусловлено цессіею, которая, какъ фактъ, должна быть доказана.

(h) Здѣсь рѣчь идетъ только о переводныхъ векселяхъ, какъ собственно коммерческихъ сдѣлкахъ. Простой вексель въ большинствѣ случаевъ—только заемный документъ, которому, съ согласія сторонъ, придается большая понудительнаи сила (вексельное право). Впрочемъ во многихъ странахъ употребляются и для коммерческихъ цѣлей простые векселя, имѣющіе въ такомъ случаѣ ту же природу, какъ и переводные.

Вексель совершенно способенъ устранить указанныя выше (§ 62) затрудненія оборота. Уже въ простѣйшей и употребительнѣйшей своей формѣ, когда въ сдѣлкѣ участвуютъ опредѣленныя, поименованныя лица. Въ самомъ дѣлѣ, если первый поименованный въ векселѣ (ремитентъ) передаетъ документъ, по индосаменту (giro) другому лицу, то передача векселя влечетъ за собою такое же полное отчужденіе, какое бываетъ при передачѣ собственности, такъ что ни одному изъ послѣдующихъ предъявителей его нельзя противупоставить возраженія, касающагося личности перваго кредитора и посредствующихъ цессій (i).—Сверхъ того, формою векселя устраняется вся трудность доказательства цессій, подчасъ весьма многочисленныхъ, такъ какъ на томъ же самомъ документѣ, весьма небольшомъ и удобо-носимомъ, означаются вмѣстѣ съ первоначальнымъ возникновеніемъ сдѣлки, и всѣ индосаменты.

Изъ этого видно, что нѣтъ никакой надобности въ векселяхъ на всякаго предъявителя. Но съ цѣлью придать сдѣлкѣ большую широту и способность къ обращенію прибѣгали и къ этому способу, употребляя его въ двухъ формахъ:

Во 1-хъ, вексель писался съ самаго начала на всякаго предъявителя, подобно простому долговому документу, о которомъ мы говорили выше (примѣч. b. c.). Впрочемъ сила подобнаго векселя не получила всеобщаго признанія. Нѣкоторыя законодательства, именно прусскій ландрехтъ, допускаютъ его (k); другія же отвергаютъ (l). Обще-германскій вексельный уставъ считаетъ такой вексель ничтожнымъ (m).

Во 2-хъ первоначально вексель просто писался на опредѣленное лицо (ремитентъ), но потомъ на оборотѣ ставился индосаментъ на всякаго предъявителя (индоссаментъ бланковый)

(i) Mühlenbruch. Cession § 19, стр. 234.—Allh. Deutsche Wechselordnung 1848 г. Art. 82.

(k) A. L. R. II. 8 § 762. 763. 810.

(l) Mittermaier § 329 безъ всякаго основанія выдаетъ этотъ пунктъ за общепризнанный.

(m) Allg. Deutsche Wechselordnung 1848 г. Art. 4 № 3, въ связи съ art. 7. Этимъ уничтожается также вышеупомянутое постановленіе ландрехта (прим. k). Gesetzsammlung 1848 стр. 49.

И объ этой формѣ законодательства говорятъ различно (n): прусскій ландрехтъ (o) и обще-германскій вексельный уставъ признаютъ ее дѣйствительною (p).

Очевидно, что уже принятіе одной второй формы удовлетворяетъ всѣмъ цѣлямъ оборота: требуется только прибавка нѣсколькихъ словъ (даже одной подписи индосанта) для облегченія векселя во вторую форму, которая будетъ въ такомъ случаѣ равносильна первой.

II. Полисъ морскаго застрахованія.

Въ случаѣ застрахованія товаровъ или судовъ отъ морскихъ опасностей документъ, установленный для этого договора (полисъ) имѣетъ болѣе ограниченную цѣль, нежели документъ, свойственный вексельной сдѣлкѣ. Но сходство между ними въ томъ, что оба должны дѣйствовать на большихъ разстояніяхъ. Отсюда потребность придать и полису морскаго застрахованія большую противъ обыкновенной способность къ обращенію, что достигается выдачею его на предъявителя. Такая форма сдѣлки, получила, по видимому, всеобщее признаніе (q). Этимъ устраняются всѣ затрудненія, указанныя нами выше для цессій по общему праву (§ 62).

Обозрѣвая важнѣйшія сдѣлки торговаго права, способныя облечься въ форму бумагъ на предъявителя, необходимо сдѣлать еще два общихъ замѣчанія.

Вексель и полисъ застрахованія должны считаться особыми сдѣлками, имѣющими каждая свою опредѣленную цѣль, обращеніе и окончаніе (r). Здѣсь мы упоминаемъ о такихъ ихъ свойствахъ только мимоходомъ, впротивоположность съ ни-

---

(n) Mittermaier § 336.

(o) A. L. R. II. 8 § 816—818.

(p) Allg. Deusche Wechselordnung. Art. 12. 13. 36.

(q) Mittermaier, § 303. Dunker, стр. 51. Впрочемъ эта форма рѣдко употребительна. Прусское право установляетъ ее только для купцовъ. A. L, R. II. 8 § 2071.

(r) Такой характеръ особыхъ сдѣлокъ долженъ быть признанъ за этими бумагами даже тогда, когда вексель выдается въ одномъ, двухъ и трехъ экземплярахъ, потому что между всѣми экземплярами, состоящими другъ къ другу въ альтернативномъ от-

жеслѣдующими бумагами на предъявителя имѣющими, напротивъ природу квантитетовъ.

Сверхъ того, слѣдуетъ замѣтить, что всѣ вопросы, считающіеся въ другихъ обязательствахъ важнѣйшими, отступаютъ при изложеніи бумагъ на предъявителя, на задній планъ, именно: вопросы объ отношеніи кредитора къ должнику, т. е. о томъ, что должникъ обязанъ исполнить и какимъ способомъ можно принудить его къ этому искомъ.—Между векселемъ на предъявителя и векселемъ на опредѣленное лицо съ этой точки зрѣнія нѣтъ никакого различія; и тамъ, и здѣсь вексельное обязательство и вексельный искъ совершенно тождественны. По отношенію къ нимъ все затрудненіе, а слѣдовательно и дальнѣйшее наше изслѣдованіе, сводится къ вопросу:

Кто тотъ предъявитель, на имя котораго могутъ выдаваться эти бумаги? Что разумѣть подъ этимъ названіемъ?

Вопросъ этотъ, такъ сказать, теоретическій, долженъ привести насъ къ рѣшенію чисто практическихъ вопросовъ, касающихся передачи, виндикаціи и амортизаціи этихъ бумагъ.

§ 64.

I. Договоръ. B. Лица. Бумаги на предъявителя (Продолженіе).

Бумаги на предъявителя, о которыхъ мы говорили до сихъ поръ (§ 63) принадлежали къ чисто-гражданскимъ сдѣлкамъ частныхъ лицъ. Теперь мы приступимъ къ изученію другихъ, имѣющихъ по преимуществу публичный характеръ, и главнымъ образомъ относящихся къ юридическимъ лицамъ, непосредственно исходящихъ отъ самого государства или получившихъ его санкцію и состоящихъ подъ его ближайшимъ надзоромъ (a). Къ этому разряду бумагъ мы должны отнести

ношеніи, одинъ только долженъ получить силу. Срав. Mittermaier § 331.

(a) Stahl. Philosophie des Rechts т. 2, стр. 316, см. выше § 61 с.

государственныя облигаціи, гипотеки во многихъ прусскихъ провинціяхъ и долговыя обязательства промышленныхъ корпорацій.

I. Государственныя облигаціи (Staatsobligationen).

Обязательства, въ которыхъ государство является должникомъ, могутъ облекаться въ форму обязательствъ частныхъ лицъ; тогда они выходятъ изъ области настоящаго изслѣдованія, даже въ случаѣ заключенія ихъ на громадную цыфру и особеннымъ какимъ-нибудь способомъ, напр. черезъ отмѣтку въ публичныхъ книгахъ на имя опредѣленнаго лица (b).

Мы должны заняться только тѣми государственными облигаціями, которыя по содержанію своему, выдаются неопредѣленному лицу, а на предъявителя, и снабжаются такими же процентными билетами или купонами.

Юридическая сила послѣдняго рода бумагъ на предъявителя возбуждаетъ меньше всего сомнѣній. Обыкновенно онѣ вводятся или санкціонируются закономъ въ собственномъ смыслѣ слова, появляющимся въ той или другой формѣ; въ противномъ же случаѣ, т. е. когда законъ почему либо не издается, о нихъ непремѣнно объявляется во всеобщее свѣдѣніе административнымъ порядкомъ, отъ имени верховной власти. Но вообще вопросъ о юридической силѣ этихъ бумагъ (возбуждаемый весьма рѣдко) не имѣетъ того важнаго практическаго значенія, какъ по отношенію ко многимъ другимъ бумагамъ, напр. векселямъ на предъявителя (§ 63 k. до p). При векселяхъ возникаетъ вопросъ: обязанъ ли судья въ случаѣ иска признавать ихъ юридическую силу, тогда какъ государственныя облигаціи даже не нуждаются въ гражданской защитѣ судьи.

II. Гипотеки въ Пруссіи (c).

(b) Bender стр. 159. Къ этому разряду относятся, напр., французскія облигаціи; вотъ почему владѣлецъ, жившій заграницею, обыкновенно прибѣгаетъ къ посредничеству французскихъ торговыхъ домовъ.

(c) Rabe. Darstellung des Wesens der Pfandbriefe. Halle und Berlin 1818. 2 тома 8. На подобныхъ же основаніяхъ гипотеки были введены и во многихъ другихъ германскихъ и негерманскихъ странахъ, именно въ Мекленбургѣ, гдѣ это учрежденіе принесло бла-

Съ 1769 г. кредитныя общества мало по малу были учреждены въ слѣдующихъ частяхъ государства: Силезіи, Маркбранденбургѣ, Помераніи, западной и восточной Пруссіи, Познани. Эти общества называются: „Landschaft“ (земство), а въ Бранденбургѣ „Ritterschaft“ (рыцарство). Они состоятъ изъ собственниковъ рыцарскихъ имѣній каждой провинціи. Собственникъ имѣетъ право требовать, что бы его имѣніе было оцѣнено, на основаніи точной таксы общества, и чтобы ему былъ открытъ кредитъ въ опредѣленной части таксовой оцѣнки (d). Совершается это такимъ образомъ: изготовляются гипотекарные акты на извѣстную сумму на предъявителя, и акты эти содержатъ въ себѣ названіе отдѣльнаго имѣнія. Гипотеки выдаютсявладѣльцу послѣдняго, который можетъ распоряжаться ими, какъ хочетъ.

Отсюда возникаютъ слѣдующія юридическія отношенія. Владѣлецъ гипотеки является кредиторомъ. Ему противуполагается, въ качествѣ личнаго должника, не собственникъ имущества, а общество, изъ кассы котораго онъ можетъ получить проценты и, по желанію, капиталъ (e). Названное въ гипотекѣ имѣніе служитъ владѣльцу залогомъ.

Общество, въ свою очередь, заявляетъ требованія къ собственнику имѣнія, какъ скоро тотъ неисправно вноситъ проценты. При этомъ обществу нѣтъ надобности прибѣгать къ медленному судебному порядку; оно, по уставу учрежденія, имѣетъ право взять имѣніе подъ секвестръ и собственное управ-

---

гіе результаты. Весьма полный перечень этихъ странъ, можно найти въ мемуарѣ Воловскаго, напечатанномъ въ revue de législation et de jurisprudence. Paris 1852 т. 1 p. 74. 75.

(d) На половину или на двѣ трети, смотря по различнымъ мѣстностямъ.

(e) Можно-ли отыскивать судебнымъ порядкомъ свою личную претензію къ обществу—это вопросъ спорный. Въ практическомъ отношеніи онъ представляется менѣе интереснымъ, нежели это кажется съ перваго взгляда. Если гипотеки стоятъ al pari или выше, то никто и неподумаетъ объ искѣ, потому что продажа ихъ на биржѣ будетъ удобнѣе и выгоднѣе. Въ случаѣ большихъ кризисовъ, какъ послѣ 1806 г., обществамъ даются льготы. И въ этотъ промежутокъ времени они всегда успѣютъ оправиться путемъ административныхъ мѣръ.

леніе для своевременной выручки процентовъ. За тѣмъ ему принадлежитъ право публичной продажи имѣнія, по общимъ принципамъ гипотекарнаго права.

Юридическая сила такого рода бумагъ на предъявителя также не подлежитъ никакому сомнѣнію потому, что всѣ гипотеки основаны на спеціальныхъ законахъ, изданныхъ въ различныхъ формахъ.

Ш. Долговые документы промышленныхъ обществъ.

Въ новѣйшее время возникло множество обширныхъ промышленныхъ предпріятій, основанныхъ на капиталѣ, вносимомъ отдѣльными лицами съ тѣмъ, чтобы каждое изъ нихъ, получилъ соразмѣрное своему вкладу количество акцій на предъявителя. Подобныя предпріятія получили громадное развитіе, благодаря устройству желѣзныхъ дорогъ. Важность предмета часто нуждалась въ утвержденіи предпріятія и опредѣленіи его условій путемъ закона (f).—Очевидно, что подобныя акціи могуто быть названы бумагами на предъявителя, но не менѣе очевидно и то, что онѣ прямо не относятся къ области настоящаго изслѣдованія: мы имѣемъ дѣло съ обязательствами и съ предъявителями, считающимися кредиторами; акціи же суть документы, свидѣтельствующіе объ участіи въ собственности на желѣзную дорогу или другое какое-либо промышленное предпріятіе; владѣлецъ акціи есть участникъ въ общей собственности (f[1]). Вотъ почему акціи эти не приносятъ про-

---

(f) Срав. Thöl. Handelsrecht т, 1., § 44.—Въ 1843 г. въ Пруссіи вышелъ общій законъ объ учрежденіи акціонерныхъ обществъ съ дозволенія правительства. Онъ именно упоминаетъ объ акціяхъ на предъявителя, какъ о предметѣ особой важности. Gesetzsamml. 1843 г., стр. 341.

(f[1]) Слѣдуетъ, однако, замѣтить, что это юридическое отношеніе можетъ быть понимаемо двояко. Именно можно считать собственникомъ учрежденія общество, а отдѣльныхъ акціонеровъ его кредиторами или просто участниками въ его доходахъ; во 2-хъ, можно смотрѣть (и это мой взглядъ) на акціонеровъ какъ на общихъ собственниковъ учрежденія; тогда корпоративное устройство явится простымъ средствомъ для достиженія удобства и полноты дѣйствій во внѣ. Въ пользу такого взгляда говоритъ обстоятельство, что первоначально конечно существовало чистое товарищество (т. е. общая собственность отдѣльныхъ лицъ) и что позднѣйшее

центовъ, а дивиденды, т. е. квоты изъ полученнаго чистаго дохода, которыхъ можетъ быть больше и меньше, или вовсе не быть, смотря по удачѣ предпріятія (g). — Многіе важные вопросы (h) общи однако какъ для сейчасъ упомянутыхъ бумагъ, такъ и для тѣхъ, которыя составляютъ предметъ настоящаго изслѣдованія, а потому намъ представится впереди много случаевъ включать ихъ въ программу нашего изложенія.

Но мы и прямо можемъ связать эти промышленныя предпріятія съ предстоящимъ изслѣдованіемъ. Часто случается, что капитала, первоначально ассигнованнаго и собраннаго путемъ продажи акцій, не хватаетъ для исполненія предпріятія. — Тогда самое обыкновенное средство для пополненія недостающаго капитала состоитъ въ томъ, что общество дѣлаетъ заемъ, на который снова выпускаетъ долговыя обязательства на предъявителя, называемыя преимущественными акціями, (Prioritäts-Actien) (въ противоположность первоначальнымъ акціямъ перваго выпуска Stamm-Actien). Это чистыя облигаціи общества, приносящія постоянный процентъ, а не неопредѣленный дивидентъ.

Преимущественныя акціи совершенно однородны съ государственными облигаціями и гипотеками. Ихъ юридическая сила обыкновенно не возбуждаетъ никакого сомнѣнія потому, что правительство санкціонируетъ ихъ закономъ (i).

пріобрѣтеніе имъ корпоративныхъ правъ, разумѣется, не имѣло цѣлью существенно измѣнить внутреннія юридическія отношенія. Срав. также прусскій законъ о желѣзныхъ дорогахъ § 3 (G. S. 1838 стр. 506). Впрочомъ, весь этотъ спорный вопросъ имѣетъ только теоретическое значеніе. Уже римскому праву извѣстны были корпораціи такого рода. Savigny. System т. 2 § 88 i.

(g) Если иногда эти акціи снабжаются купонами, служащими представителями постоянныхъ процентовъ, то это по большей части зависитъ отъ того, что государство гарантируетъ извѣстный дивидендъ, какъ minimum, который и называется процентомъ; за нимъ, смотря по обстоятельствамъ, можетъ слѣдовать или нѣтъ еще неопредѣленный дивидендъ.

(h) Срав. вопросы, выставленные въ концѣ § 63.

(i) Примѣры изъ Прусскаго Родекса: Gesetzsammlung. 1842 г. стр. 77 и 300., 1845, стр. 459 и 572, 1851, стр. 721.

Признавая тождественность сопоставленныхъ здѣсь трехъ разрядовъ бумагъ на предъявителя, попытаемся сперва опредѣлить ихъ сущность, т. е. разрѣшить вопросъ: что такое эти бумаги? Важный вопросъ этотъ представляется спорнымъ по отношенію къ государственнымъ облигаціямъ; но отвѣтъ на него распространяется и на прочіе разряды.

Нѣкоторые ученые думали, что государственныя облигаціи суть деньги, т. е. родъ бумажныхъ денегъ (k). Другіе отвергали такое мнѣніе (l), руководствуясь по большей части соображеніемъ, что облигаціи не имѣютъ обязательнаго курса. Но послѣдній не составляетъ сущности денегъ, а связывается съ ними только случайно (§ 42).—Истинное же основаніе, по которому нельзя признать за этими бумагами свойства денегъ, состоитъ въ томъ, что назначеніе послѣднихъ—служить всеобщимъ мѣриломъ цѣнъ (§ 40),—тогда какъ бумаги, о которыхъ идетъ рѣчь, выпускаются и изготовляются вовсе не для того; мы сейчасъ увидимъ ихъ назначеніе. Важное практическое послѣдствіе этого существеннаго различія между облигаціями и деньгами сводится къ тому, что въ деньгахъ (даже бумажныхъ) вполнѣ воплощаются экономическая власть и цѣнность,—чего вовсе нѣтъ въ бумагахъ (§ 69).

Другіе ученые думали, что облигаціи слѣдуетъ считать товаромъ (m). Если подъ товаромъ разумѣть способность стать предметомъ купли и продажи, то, пожалуй, мнѣніе это вѣрно, хотя лишено всякаго значенія. Подобное свойство составляетъ общее достояніе всевозможныхъ элементовъ богатства—не только собственности, но и правъ на дѣйствія опредѣленныхъ лицъ. Впрочемъ выраженіе это можно понимать и въ другомъ смыслѣ, именно: что назначеніе облигацій—служить предметомъ биржевыхъ операцій и спекуляцій. Однако и такой взглядъ, какъ неимѣющій никакого основанія, долженъ быть вполнѣ отвергнутъ. Хотя разсматриваемыя бумаги, по природѣ своей, и способны къ такой роли, — свойство, котораго нельзя у нихъ

(k) Souchay 1., стр. 152. 153.
(l) Gönner. § 56. Bender., стр. 173. Dunker. стр. 47. Thöl. § 54.
(m) Bender., стр. 175.

отнять;—но государство, выпускающее ихъ, конечно, не имѣетъ въ виду создать тѣмъ новый предметъ торговли, и для него гораздо выгоднѣе, если бы онѣ постоянно находились въ однихъ рукахъ, нежели безпрестанно обращались на биржѣ. Торговля ими, какъ и азартная игра, потому уже нежелательна, что отвлекаетъ дѣятельность и денежныя средства отъ производительныхъ сдѣлокъ. (n)

Если, такимъ образомъ, облигаціи не деньги и не товаръ, то мы должны признать въ нихъ настоящія долговыя обязательства и именно заемныя (o), формально отличающіяся отъ другихъ обыкновенныхъ долговыхъ обязательствъ только тѣмъ, что выдаются на предъявителя, а не на опредѣленное лицо. Цѣль ихъ — сосредоточить большую денежную сумму, путемъ предложенія многимъ, даже не богатымъ капиталистамъ легкій и удобный случай помѣстить свои деньги на проценты.

Сравнивая перечисленные три разряда бумагъ на предъявителя съ разсмотрѣнными выше — векселемъ и полисомъ, мы находимъ между ними слѣдующее различіе. Послѣдніе представляются документами, выражавшими простыя сдѣлки (§ 63); первые-же—документами относящимися къ сложнымъ операціямъ, и, по природѣ своей, назначенными дѣйствовать массами. Это замѣчаніе приводитъ насъ далѣе къ признанію за ними одного особенно важнаго свойства.

Именно бумаги эти суть настоящіе квантитеты (p), т.

(n) Въ этомъ заключается важное различіе между государственными облигаціями и деньгами, особенно бумажными;—различіе, которое, благодаря внѣшнему сходству, легко упустить изъ виду.— Быстрое обращеніе государственныхъ облигацій (посредствомъ купли и продажи) указываетъ часто на болѣзненное-экономическое состояніе; потому что здоровое состояніе способствуетъ къ сохраненію облигацій въ однихъ рукахъ и къ поддержанію постояннаго курса. Напротивъ, деньги, при здоровомъ и нормальномъ состояніи, стремятся къ постоянному и быстрому обороту, — а потому, если частныя лица хранятъ и закапываютъ въ землю или прячутъ ихъ въ большихъ массахъ, то это плохой признакъ.

(o) Gönner. § 56. Thöl § 54.

(p) О понятіи квантитетовъ или такъ назыв. res fungibiles смотр. выше § 39 и System т. 6 § 268, стр. 122. 123.

е. вещи, не имѣющія индивидуальной цѣны, напр. одна государственная облигація имѣетъ совершенно туже цѣну, какъ и всякая другая одинаковаго рода и равной суммы. Съ этой точки зрѣнія онѣ могутъ быть вполнѣ приравнены къ деньгамъ, отъ которыхъ только и отличаются своимъ назначеніемъ.—Однако квантитеты, по большей части, индивидуально нераспознаваемы, чего нельзя сказать о государственныхъ облигаціяхъ и др. Напротивъ, всякая отдѣльная облигація обозначается индивидуально номеромъ, иногда въ связи съ надписями, о важномъ значеніи которыхъ рѣчь будетъ впереди. Съ перваго взгляда, можно совершенно отождествить бумажныя деньги съ государственными облигаціями потому, что такимъ же способомъ распознаются и отдѣльные денежные знаки (q). На самомъ же дѣлѣ мы видимъ не то. Бумажныя деньги переходятъ изъ рукъ въ руки такъ быстро, что для моментальнаго владѣльца ихъ нѣтъ никакой важности и необходимости останавливаться на этихъ знакахъ (примѣч. n) и многіе, дѣйствительно не обращаютъ на нихъ никакого вниманія. Поэтому они и дѣлаются не для гарантіи выгодъ владѣльца, а въ интересахъ денежнаго производства и контроля на случай поддѣлки фальшивыхъ ассигнацій.

Съ другой стороны всѣ три разряда бумагъ на предъявителя сходны съ вышеизложенными (§ 63) векселемъ и полисомъ въ томъ, что всѣ они равно свободны отъ упомянутыхъ трудностей римской цессіи. Всякая ихъ передача, какъ и при собственности, считается полнымъ отчужденіемъ, исключающимъ всѣ прежнія отношенія къ правамъ или обязанностямъ первоначальнаго кредитора или какого либо промежуточнаго цессіонарія (§ 62. 63).—Онѣ сходны съ изложенными формами еще и въ томъ, что въ приложеніи къ нимъ вопросъ объ отношеніи кредитора къ должнику, важный въ другихъ обязательствахъ, отступаетъ на второй планъ, хотя и на иномъ основаніи. Именно: здѣсь это отношеніе опредѣляется не всеобщими правилами обязательственнаго права, но особыми условіями, установляемыми при введеніи такихъ бумагъ. При го-

(q) Такъ, напр., на прусскихъ билетахъ казначейства.

сударственныхъ облигаціяхъ не можетъ быть и рѣчи о требованіи капитала кредиторомъ и о взысканіи капитала или процентовъ судебнымъ порядкомъ; здѣсь все рѣшается административнымъ путемъ. Проценты уплачиваются опредѣленными для этого государственными казначействами, а капиталъ погашается мало по малу тиражемъ и уплатой облигацій по номинальной цѣнѣ или скупкой ихъ на биржѣ; въ обоихъ случаяхъ облигаціи уничтожаются. Кредиторъ, въ свою очередь, можетъ попытаться выручить капиталъ продажею на биржѣ; относительно государства, онъ не имѣетъ другой гарантіи, кромѣ чувства справедливости со стороны правительства и заботы его о собственныхъ своихъ интересахъ: нарушеніе обязательства можетъ подорвать кредитъ къ правительству. Тоже нужно сказать о гипотскихъ и преимущественныхъ акціяхъ, какъ было уже замѣчено выше.

Напротивъ, при бумагахъ, о которыхъ идетъ рѣчь, на первый планъ выступаютъ именно тѣ вопросы, которые мы поставили выше (г) по поводу векселя и полиса на предъявителя Такъ во первыхъ общіи вопросъ:

Кто есть предъявитель? Что понимать подъ этимъ названіемъ? Съ отвѣтами на эти вопросы связано чисто практическое изслѣдованіе о передачѣ, виндикаціи и амортизаціи такихъ бумагъ.

§ 65.

I. Договоръ. B. Лица. Бумаги на предъявителя (Продолженіе).

Указывая до сихъ поръ на нѣкоторые только разряды (§ 63. 64) бумагъ на предъявителя, я старался установить на нихъ надлежащую юридическую точку зрѣнія. Но сдѣланное нами перечисленіе разрядовъ не должно быть понимаемо въ томъ смыслѣ, будто другихъ кромѣ указанныхъ, не существуетъ.— Даже въ однихъ германскихъ государствахъ можно замѣтить

(г) Въ концѣ § 63.

существованіе многихъ подобныхъ же вполнѣ законныхъ случаевъ, которые по аналогіи и безъ всякаго затрудненія сводятся къ разсмотрѣннымъ разрядамъ.

Совершенно другой вопросъ, къ рѣшенію котораго я и приступаю, состоитъ въ слѣдующемъ: могутъ-ли частныя лица, по своему произволу, создавать и пускать въ обращеніе новыя бумаги на предъявителя? и каковы юридическія послѣдствія такой операціи?

Не касаясь пока самаго вопроса, мы можемъ легко убѣдиться въ томъ, что подобныя операціи не сводятся къ разряду бумагъ, касающихся отдѣльныхъ, уже разсмотрѣнныхъ, юридическихъ сдѣлокъ, каковы вексель и полисъ (§ 63), весьма ограниченная цѣль которыхъ исключаетъ возможность произвольнаго, а слѣдовательно и опаснаго ихъ распространенія. Онѣ, скорѣе, могутъ быть отнесены къ тѣмъ бумагамъ, которыя, подобно государственнымъ облигаціямъ, фигурируютъ въ массахъ, какъ чистые квантитеты (§ 64). И такъ, подобныя операціи будутъ состоять въ томъ, что извѣстное частное лицо, или совокупность лицъ, выпускаетъ по своему произволу огромное, и, быть можетъ, даже неопредѣленное количество долговыхъ документовъ на предъявителя, съ цѣлью собрать большую сумму денегъ, а съ другой стороны находятся лица, уплачивающія за эти документы наличныя деньги.—Имѣютъ-ли подобные сдѣлки юридическую силу?

Одни ученые считаютъ ихъ дѣйствительными (a), другіе — ничтожными (b). Послѣ вышеприведенныхъ общихъ соображеній (§ 61, 62), я долженъ, съ точки зрѣнія нашего общаго права, присоединится къ послѣднему мнѣнію, такъ какъ бумаги, относящіяся къ неопредѣленному лицу, лежатъ внѣ природы и цѣли обязательствъ. Это общее основаніе не избавляетъ однако отъ подробнаго изслѣдованія настоящаго вопроса въ примѣненіи къ нашему спеціальному случаю.

Часто пытались ввести въ изслѣдованіе римское право (c),

(a) Phillipis Deutsches Recht. 3-е изд. § 73. Dunker, стр. 50—52. Mittermaier § 274 прим. 1 и 2.

(b) Gönner § 58, Mühlenbruch Cession 3-е изд. стр. 458 Souchay. 1. стр, 154. Stahl,, см. выше § 61 c.

(c) Срав. Dunker, стр. 41 Mittermaier § 274. Примѣч. 2.

и, хотя извѣстно, что Римляне вовсе не знали никакихъ бумагъ на предъявителя, тѣмъ не менѣе думали найти въ этомъ правѣ нѣсколько принциповъ, приложимыхъ къ излагаемому институту. Но принципы представительства или обязательства, пріобрѣтаемаго для третьяго лица (§ 56 — 59), могутъ быть примѣнены въ данномъ случаѣ только произвольно и съ натяжками. У самихъ Римлянъ принципы эти всегда относились къ опредѣленнымъ лицамъ; Здѣсь же, напротивъ, рѣчь идетъ о неизвѣстномъ Римлянамъ отношеніи обязательства къ неопредѣленному кредитору, а слѣдовательно и о модификаціи принциповъ римской цессіи (§ 62).

Далѣе, ссылались часто на общегерманское обычное право, признававшее за подобными бумагами юридическую силу,— что впрочемъ опровергается уже указаннымъ большимъ разногласіемъ писателей объэтомъ предметѣ. Кромѣ того слѣдовало бы тогда предположить, что этого рода бумаги вообще могутъ считаться дѣйствительными и находиться въ обращеніи по произволу частныхъ лицъ; чего однако никто не рѣшился утверждать.

Необходимо, впрочемъ, прибавить, что не признаніе разсматриваемаго юридическаго института источниками нашего общаго права не лишаетъ его безусловно юридической силы.— При существованіи дѣйствительной въ немъ потребности и отсутствіи сомнѣній въ его правомѣрности, онъ съумѣлъ бы проложить себѣ путь самъ собою, даже безъ содѣйствія закона, что напр. случилось съ векселями, чуждыми какъ извѣстно, римскому праву; законъ же не замѣдлилъ бы его признать и помочь его развитію какъ это видно изъ многихъ законовъ о векселяхъ въ разныхъ государствахъ. — Наконецъ, если бы всѣ высказанныя соображенія оказались убѣдительными, то намъ оставалось бы посовѣтывать законодателямъ признать и усовершенствовать институтъ.—Но ничего подобнаго не случилось, такъ какъ зависимость появленія этихъ бумагъ отъ частнаго произвола возбуждаетъ серьезныя опасенія.

Должникъ, пускающій въ обращеніе бумаги на предъявителя, можетъ имѣть различныя цѣли. Крупные землевладѣльцы могутъ находится въ томъ же положеніи, какъ и государство при выпускѣ государственныхъ облигацій. Они выпускаютъ бу-

маги на предъявителя, приносящія процентъ, съ гипотекой на свои имѣнія, съ цѣлью болѣе легкаго и дешеваго сосредоточенія въ своихъ рукахъ большихъ суммъ, нужныхъ имъ для покрытія старыхъ обременительныхъ долговъ. Такая операція нисколько не подозрительна; но заслуживаетъ ли она одобренія и поощренія?—вопросъ этотъ рѣшается только по внимательномъ разсмотрѣніи каждаго частнаго случая потому, что таже операція можетъ легко стать орудіемъ злоупотребленія, средствомъ прикрытія легкомысленныхъ предпріятій, могущихъ обмануть и причинить вредъ пріобрѣтателю бумагъ. Подобная опасность есть неизбѣжное слѣдствіе неизвѣстности предпріятія частныхъ лицъ, что, при отсутствіи правительственной санкціи и надзора, сообщаетъ самому предпріятію въ высшей степени сомнительный характеръ.

Но такое же предпріятіе можетъ имѣть и совершенно иную цѣль, именно спекуляцію и извлеченіе барышей изъ собранныхъ денегъ; спекулянтъ достигаетъ этого, назначая напримѣръ, низкій процентъ по долговымъ документамъ, или вовсе не платя никакого, тогда какъ бумаги его приняты въ оборотъ, благодаря усиленной коммерческой дѣятельности того мѣста, гдѣ онѣ обращаются и недостаточности имѣющихся тамъ денегъ. (d) Этотъ случай возбуждаетъ тѣ же опасенія, какъ и первый: быть можетъ, большой кредитъ торговаго дома, или общества, выпускающаго бумаги, есть простая иллюзія. Наконецъ здѣсь возможно и другое еще болѣе серьезное опасеніе. Подобныя бумаги, исходящія отъ частныхъ лицъ, могутъ произвести разстройство въ денежной системѣ государства, и, главнымъ образомъ, умалить исключительную выгоду послѣдняго отъ выпуска бумажныхъ денегъ (по мѣрѣ ихъ надобности). Хотя, правда, бумаги эти не суть настоящія деньги, тѣмъ не менѣе на денежномъ рынкѣ онѣ играютъ роль денегъ.

(d) Для этой же цѣли могутъ быть выпущены векселя на предъявителя въ большомъ количествѣ; они явятся тогда только другою формою долговыхъ обязательствъ, и будутъ считаться не векселями, а документами, вызванными сложными операціями, квантитетами, и къ нимъ слѣдуетъ отнести всѣ тѣ опасенія, которыя были высказаны по поводу простыхъ долговыхъ росписокъ.

По всѣмъ изложеннымъ соображеніямъ выпускъ бумагъ на предъявителя не можетъ быть предоставленъ произволу частныхъ лицъ. Если и бываютъ нѣкоторые случаи, когда послѣднимъ несомнѣнно должно быть дано такое право, то не иначе, какъ подъ условіемъ верховной санкціи и надзора.

Допустимъ теперь, что бумаги на предъявителя выпущены. На основаніи приведенныхъ соображеній, мы объявимъ ихъ ничтожными. Возникаетъ вопросъ: каковы значеніе и послѣдствія ихъ ничтожности? Ничтожный документъ не даетъ права иска. Напр. вексель на предъявителя не можетъ служить основаніемъ иска, если законъ не признаетъ такихъ векселей. (e)

Это не значитъ, что лицо, получившее деньги взамѣнъ бумагъ, можетъ присвоить себѣ деньги въ ущербъ предъявителю. Напротивъ, по разложеніи всей операціи на естественные элементы, окажется, что бумаги, неимѣя формальной силы, могутъ служить доказательствами долга. Вслѣдствіе этого на операцію слѣдуетъ смотрѣть, какъ на первоначальный заемъ, сопровождаемый большимъ или меньшимъ количествомъ посредствующихъ цессій, вмѣстѣ съ изложенными выше затрудненіями (§ 62), получающими и здѣсь полную силу. Должникъ можетъ воспользоваться эксцепціею противъ перваго кредитора, а въ частности компенсаціею и exceptio non numeratae pecuniae; если же кто-либо изъ цессіонаріевъ купилъ претензію ниже номинальной цѣны, то онъ можетъ прибѣгнуть и къ lex Anastasiana.

Высказанныя соображенія получили замѣчательное подтвержденіе въ прусскомъ законѣ 1833 г. (f), которымъ запрещена, подъ страхомъ наказанія, всякая выдача бумагъ на

(e) Allg. Deutsche Wechselordnung art. 7 въ сопоставленіи съ Art. 4 Num. 3.

(f) Законъ 17 іюля 1833 г. G. S. 1833., стр. 75.—Общее зем. право I. 11. § 793 предполагаетъ существованіе бумагъ на предъявителя, но не говоритъ о томъ, кто ихъ выпускаетъ. Въ 1850 г. образовалось въ Берлинѣ частное общество подъ именемъ „Kassenverein," выпустившее банковыхъ билетовъ на предъявителя на сумму до милліона талеровъ. Но 15 Апр. 1850 г. общество это получило верховную санкцію (G. S. 1850 г. стр. 301).

предъявителя безъ разрѣшенія верховной власти въ формѣ закона. Впрочемъ § 4 къ этому прибавляетъ, что прежде выпущенныя такого рода бумаги безъ разрѣшенія правительства даютъ предъявителю право иска противъ выпустившаго ихъ. Было бы ошибочно понимать это постановленіе въ томъ смыслѣ, что будто упоминаемыя бумаги были сами по себѣ законны и дѣйствительны, и потеряли силу только вслѣдствіе послѣдняго предписанія положительнаго закона. Напротивъ, цѣлью предписанія было—воспрепятствовать виновнику бумагъ извлекать несправедливые барыши изъ сдѣлки; поэтому оно оставляло подъ сомнѣніемъ дѣйствительность операціи, о которой законъ до сихъ поръ не упоминалъ. Въ самомъ дѣлѣ, даже относительно будущихъ (запрещенныхъ подъ страхомъ наказанія) предпріятій такого рода, § 5 постановляетъ, что виновный будетъ принужденъ властью изъять изъ обращенія и уничтожить всѣ выпущенныя бумаги,—очевидно для того, чтобы лицо, достойное такого наказанія, не извлекало изъ предпріятія незаконныхъ барышей.

Австрійскій кодексъ, подобно прусскому ландрехту (примѣч. f), также предполагаетъ существованіе бумагъ на предъявителя, не говоря о томъ, кто имѣетъ право ихъ выпускать (g). Напротивъ, есть другое постановленіе (h), по которому во всякомъ заемномъ письмѣ „дѣйствительный заимодавецъ или кредиторъ долженъ быть точно обозначенъ“,—условіе, необходимое для полнаго доказательства сдѣлки.— И такъ постановленіе это, повидимому, запрещаетъ заемныя письма на предъявителя между частными лицами.—Однако съ давняго времени въ австрійскихъ государствахъ существовалъ обычай, что крупные землевладѣльцы выдавали заемныя письма на предъявителя, цыфра которыхъ, по оффиціальнымъ источникамъ, назадъ тому пять лѣтъ, простиралась до 10 милліоновъ гульденовъ. Австрійскіе суды признаютъ ихъ дѣйствительными а высшіе, провинціальные суды сомнѣваются въ ихъ дѣйствительности. Наконецъ, 24 декабря 1847 г. явился циркуляръ провинціальнаго правитель-

---

(g) Gesetzbuch. § 371. 1393.
(h) Gesetzbuch. § 1001.

ства эрцгерцогства Австріи при Энсѣ (1), основанный на высочайшемъ рѣшеніи отъ 19 іюня 1847 (слѣдовательно имѣющій силу закона) и содержащій въ себѣ слѣдующее постановленіе: „Во вторыхъ. Всѣ частныя обязательства такого рода должны выдаваться на опредѣленное имя; выдача ихъ на предъявителя на будущее время запрещается.“—Въ этомъ циркулярѣ есть косвенное признаніе, обязательствъ, находившихся тогда въ оборотѣ, — признаніе, согласное съ судебной практикой. — Но здѣсь неговорится о послѣдствіяхъ, будущей противузаконной выдачи подобныхъ обязательствъ, какъ это опредѣлено въ прусскомъ законѣ 1833 года. Само собою разумѣется, что пробѣлъ этотъ не ведетъ къ освобожденію виновника бумагъ отъ всякаго обязательства и не лишаетъ владѣльцевъ ихъ права на разложеніе сдѣлки на ея естественные элементы.

§ 66.

I. Договоръ. B. Лица. Бумаги на предъявителя (Продолженіе).

Сущность бумагъ на предъявителя, какъ мы замѣтили выше, состоитъ въ томъ, что право кредитора не связывается въ нихъ (какъ при другихъ обязательствахъ) съ опредѣленнымъ лицомъ, но съ извѣстнымъ отношеніемъ какого-либо лица къ бумагѣ, или документу (a). Каково же это отношеніе? Кого мы должны считать настоящимъ владѣльцемъ въ юридическомъ смыслѣ, истиннымъ кредиторомъ?

---

(1) Рѣка раздѣляющая эрцгерцогство Австрію на двѣ части. Примѣч. перев.

(a) Срав. выше. § 62. b. Подъ бумагами или документами здѣсь разумѣются не только заемныя обязательства, но и отдѣльные процентные купоны или дивидентныя ассигновки. Дальнѣйшее изслѣдованіе равно обнимаетъ собою всѣ случаи. — Принципъ, связывающій обязательственное право съ отношеніемъ лица къ бумагѣ былъ указанъ, выше, въ концѣ § 62. подъ именемъ воплощенія обязательствъ.

Этотъ весьма важный и спорный вопросъ одинаково касается и простыхъ бумагъ (вексель и полисъ), и сложныхъ (государственныя облигаціи и т. д.) (b). Онъ также относится и къ акціямъ перваго выпуска промышленныхъ предпріятій (§ 64), которыя сами по себѣ не входятъ въ область обязательствъ, но въ которыхъ личность настоящаго владѣльца (имѣющаго на нихъ право) возбуждаетъ тѣ же сомнѣнія и должна быть понимаема точно также, какъ и въ обязательственныхъ бумагахъ, составляющихъ предметъ настоящаго изслѣдованія.

Отвѣты ученыхъ на поставленный вопросъ отчасти сбивчивы и неопредѣленны, отчасти прямо ошибочны (c). Начну съ самыхъ крайнихъ мнѣній, между которыми за тѣмъ можно попытаться установить нѣсколько общихъ точекъ соприкосновенія.

Одно признаетъ настоящимъ кредиторомъ собственника бумагъ; откуда слѣдуетъ, что всякое осуществленіе права сопряжено съ доказательствомъ пріобрѣтенія собственности.— Относительная справедливость этого мнѣнія основывается на способѣ перваго пріобрѣтенія этихъ бумагъ. Если кто-либо является въ государственное казначейство, платитъ извѣстную сумму и взамѣнъ ея получаетъ вновь выпущенную государственную облигацію съ купонами,—то онъ, безспорно, собственникъ бумаги. Несомнѣнно также, что собственность эта можетъ путемъ передачи, перейти къ другому лицу, а отъ него къ третьему и т. д. Правильный ходъ операціи, на который, конечно, расчитывается, съ момента ея возникновенія, ведетъ, слѣдовательно къ тому, что право кредитора постоянно будетъ

(b) Срав. § 63. 64.—Впрочемъ вопросъ этотъ по отношенію къ векселямъ на предъявителя или переданнымъ путемъ индоссамента, представляется невозможнымъ потому, что во власти каждаго предъявителя измѣнить природу векселя вставкою въ индоссаментъ имени опредѣленнаго лица. Allg. Deutsche Wechselord. Art. 13. 36.

(c) Многіе ученые говорили: бумага есть обязательство (Mittermaier § 274. Примѣч. 7), Но это фигурное выраженіе совершенно безполезно. Обязательство можетъ быть только правомъ извѣстнаго лица и выраженіе это указываетъ слѣдовательно только на связь права съ отношеніемъ лица къ бумагѣ. Впрочемъ, все зависитъ отъ точнаго опредѣленія этого отношенія.

осуществлять истинный собственникъ. Правда, такой правильный процессъ перехода можетъ быть прерванъ тѣмъ, что собственникъ потеряетъ бумагу, а постороннее лицо найдетъ и воспользуется ею, или она можетъ попасть въ другія руки незаконно вслѣдствіе кражи, причемъ никто конечно не подумаетъ утверждать, что эти случайныя обстоятельства способны привести къ отождествленію незаконнаго владѣльца съ собственникомъ и обратить его въ законнаго кредитора. Но на практикѣ все разсужденіе оказывается непримѣнимымъ. Вспомнимъ, что въ государственное казначейство представляются въ установленный срокъ къ размѣну на деньги тысячи купоновъ и мы должны будемъ согласиться, что не мыслимо требовать по отношенію къ каждому купону доказательствъ права собственности, если бы даже провѣрять ихъ было очень легко.

По другому прямо противоположному мнѣнію, основаніемъ права кредитора служитъ фактическое владѣніе (detentio), независимо отъ юридическихъ свойствъ самаго владѣнія(d).— Здѣсь, наоборотъ, практическое осуществленіе весьма легко; за то юридическая сторона возбуждаетъ сильное сомнѣніе. Въ самомъ дѣлѣ, послѣдовательное развитіе этой теоріи приводитъ къ тому, что казначей, имѣя предъ глазами украденный купонъ, долженъ уплатить вору деньги потому, что послѣдній въ данный моментъ есть фактическій владѣлецъ купона, слѣдовательно настоящій кредиторъ.

Гдѣ же истинная средина между этими крайними мнѣніями?

Можно было бы изслѣдовать особо каждый разрядъ подобныхъ бумагъ, останавливаясь на относящихся къ нимъ выраженіяхъ; но такой методъ вполнѣ несостоятеленъ потому, что природа всѣхъ бумагъ одна и таже, а различіе содержащихся въ нихъ выраженій не имѣетъ никакого значенія. Въ документахъ, свидѣтельствующихъ о помѣщеніи капитала, обыкновенно лицо кредитора не обозначается, такъ какъ послѣдній юридически не можетъ отыскивать капиталъ, а слѣдовательно нельзя ждать съ его стороны никакого дѣйствія, имѣющаго

(d) Съ особенною силою это мнѣніе защищаютъ: Gönner стр. 193. 232. 241. Souchay I., стр. 147—149 II., стр. 44. 45.

связь съ документомъ (e). Что-же касается процентныхъ купоновъ и дивидендовъ, получаемыхъ кредиторомъ періодически и требующихъ, слѣдовательно, собственной его дѣятельности, то личность его въ этомъ случаѣ обозначается именемъ владѣльца (Inhaber) или подателя (Ueberbringer), или предъявителя (Einlieferer), а также словомъ porteur или holder (f). Было бы грубымъ заблужденіемъ давать каждому изъ приведенныхъ выраженій различное значеніе. Очевидно, всѣ они означаютъ фактическое, а не юридическое отношеніе, и служатъ опорою второму изъ указанныхъ мнѣній. Мы сейчасъ постараемся объяснить это замѣчательное обстоятельство.

И такъ выраженія, содержащіяся въ бумагахъ, не даютъ намъ никакого объясненія. Теперь мы постараемся найти средину между упомянутыми крайними мнѣніями путемъ изслѣдованія самой природы юридическаго отношенія, о которомъ идетъ рѣчь.—Для этого необходимо разсмотрѣть интересы участвующихъ въ отношеніи лицъ,—интересы вездѣ одинаковые.

Кредиторъ имѣетъ два различные и даже противурѣчащіе другъ другу интереса, побуждающіе его избѣгать, при обсужденіи юридическаго отношенія всякой крайности и искать удобоосуществимой средины. Первый его интересъ состоитъ въ возможности легкаго и безопаснаго отчужденія своего права и въ избѣжаніи затрудненій, связанныхъ съ цессіею (§ 62); второй въ защитѣ на случай потери, похищенія или поврежденія бумаги, т. е. защитѣ отъ убытковъ, могущихъ произойти отъ непроизвольной утраты владѣнія.

Интересъ должника требуетъ устраненія всякихъ излишнихъ затрудненій въ моментъ правильнаго исполненія обязательства (напр. представленія доказательствъ собственности,) преимущественно же для него важна—полная гарантія при совершеніи платежа и безопасность отъ вторичныхъ требованій со стороны другихъ лицъ.

(e) Срав. § 64.—На прусскихъ и австрійскихъ облигаціяхъ значится только: Schuldschein über... (Заемное письмо на...) или: „Schuldverschreibung über“... (облигація на...) безъ упоминанія лица кредитора.

Примиреніе всѣхъ этихъ различныхъ интересовъ достигается слѣдующимъ взглядомъ на сдѣлку. Настоящимъ кредиторомъ слѣдуетъ считать собственника бумаги, но фактъ владѣнія всегда предполагаетъ собственность. Презумпція собственности имѣетъ двоякое значеніе.

Со стороны владѣльца, значеніе ея въ томъ, что послѣдній осуществляетъ всѣ права собственника, пока не послѣдуетъ протеста, который можетъ повести къ процессу и къ доказательству преимущественнаго права другаго лица, о чемъ мы вскорѣ поговоримъ подробнѣе. Въ практическомъ отношеніи положеніе владѣльца вполнѣ удовлетворительно потому, что упомянутые случаи непроизвольной потери владѣнія составляютъ вообще рѣдкое исключеніе.

Со стороны должника, значеніе презумпціи въ томъ, что ему принадлежитъ абсолютное право совершить уплату всякому фактическому владѣльцу и тѣмъ самымъ освободиться совершенно на будущее время отъ требованій другаго лица, доказывающаго свое лучшее право. Такія преимущества должника получили всеобщее признаніе, вслѣдствіе чего они и не могутъ нарушить интересовъ никого изъ участвующихъ лицъ: всякій, вступающій въ сдѣлку, свободно подвергаетъ себя подобной опасности. Къ этому-то безусловному праву и относятся вышеприведенныя (примѣч. f) выраженія: владѣлецъ, податель и т. д., которыя избраны именно съ цѣлью обозначить чисто-фактическое отношеніе, независящее ни отъ какихъ юридическихъ условій.—Но изъ того, что должнику принадлежитъ такое безусловное право, вовсе не слѣдуетъ, что онъ можетъ имъ пользоваться при всѣхъ обстоятельствахъ безразлично; въ сомнительныхъ случаяхъ допустить этого нельзя. Напр., если до совершенія платежа, лицо, утверждающее непроизвольную утрату владѣнія, объявляетъ объ

(f) На купонахъ прусскихъ государственныхъ облигацій и желѣзныхъ дорогъ стоитъ обыкновенно выраженіе: Inhaber; на банковыхъ билетахъ; Einlieferer, на австрійскихъ Metalliques: Ueberbringer; на русско-польскихъ облигаціяхъ: porteur, на русско-англійскихъ: holder.

томъ должнику,—послѣдній обязанъ прямо отказать владѣльцу въ платежѣ, предоставляя сторонамъ выяснить, путемъ процесса, которой изъ нихъ въ дѣйствительности (а не по презумпціи) принадлежитъ собственность.

§ 67.

I. Договоръ. B. Лица. Бумаги на предъявителя (Продолженіе). (Передача. Виндикація).

Вопросъ, рѣшенный въ предшествующихъ параграфахъ, имѣетъ характеръ по преимуществу теоретическій; но съ нимъ связаны нѣкоторые важные чисто-практическіе вопросы, касающіеся значенія бумагъ на предъявителя въ дѣйствительномъ оборотѣ. Сюдаотносятся слѣдующіе: I. Передача, II. Виндикація, III. Амортизація

I. Передача бумагъ на предъявителя.

Мы говорили уже объ этомъ въ теченіи нашего изслѣдованія, и намъ остается теперь только вспомнить, въ систематической связи, изложенные принципы.

Перенесеніе права совершается передачею документа,—т. е. точно также какъ и передача собственности. Формы цессіи здѣсь не требуется (а), да она и не возможна потому, что документъ не указываетъ лица прежняго собственника, который могъ бы исполнить цессію. И такимъ образомъ всѣ затрудненія, сопряженныя съ цессіею, въ особенности эксцепціи, вытекающія при цессіи изъ личности прежняго собственника (§ 62. 63. 64) здѣсь устраняются.

Установленное правило совершенно независимо отъ рѣшенія спорнаго вопроса о личности настоящаго собственника (§ 66). Въ самомъ дѣлѣ, кто, согласно съ нами, связываетъ

(а) Это ясно признается въ Allg. Landrecht I. 11 § 401; то же и въ австрійскомъ кодексѣ § 1393.

право требованія съ собственностью на документъ, тотъ долженъ передачу считать истинною формою перенесенія права. Но, съ другой стороны, и тѣ, кто признаетъ право требованія не за собственникомъ, а за фактическимъ владѣльцемъ, должны также допустить это правило потому, что владѣніе, само по себѣ, независимо отъ собственности, пріобрѣтается передачею.

II. Виндикація бумагъ на предъявителя.

Мы разсмотримъ сначала виндикацію съ точки зрѣнія чисто римскаго права. Въ этомъ отношеніи несомнѣнно, что виндикація подобной бумаги, какъ и всякой другой вещи, безусловно принадлежитъ истинному собственнику противъ всякаго владѣльца, даже добросовѣстнаго, и безъ возвращенія уплаченной имъ покупной цѣны (b).

И это правило также независимо отъ спорнаго вопроса о лицѣ настоящаго собственника или кредитора (§ 66). Въ самомъ дѣлѣ, даже ученые, связывающіе право противъ должника съ фактическимъ владѣніемъ, а не съ собственностью на документъ, вовсе не отрицаютъ возможности такой собственности и обыкновенныхъ ея послѣдствій; они утверждаютъ только, что право собственности на бумагу не имѣетъ никакаго вліянія на положеніе дѣйствительнаго владѣльца, т. е. на его право противъ должника.

Изложенное нами начало нашло многихъ защитниковъ (c).

Впрочемъ большая часть ученыхъ отрицала, напротивъ, возможность приложенія виндикаціи, въ смыслѣ правила, къ бумагамъ, о которыхъ идетъ рѣчь, допуская ее только въ видѣ исключенія, для того случая, когда отвѣтчикъ вмѣстѣ съ тѣмъ и недобросовѣстный владѣлецъ, напр. относительно депозитарія, отказывающаго возвратить ввѣренныя ему бумаги (d).— Въ концѣ изслѣдованія мы спеціально займемся этимъ исклю-

---

(b) L. 23 C. de rei vind. (3. 32), L. 2 C. de furtis (6. 2).

(c) Phillips. Deutsches Recht § 73. 3-е изд. Mittermaier § 74. Num. III., Kind quaest. fr. T. 3 C. 26.

(d) Mühlenbruch. Cession стр. 460. 461 Eichhorn Deutsches Recht § 191. d., Gönner § 70. Bender § 67, Souchay I. стр. 149—155 Dunker. стр. 49. Thöl § 55.

ченіемъ; теперь же разсмотримъ другое исключеніе изъ виндикаціи, имѣющее характеръ общаго правила.

Опирается оно на слѣдующее основаніе. Главный интересъ всѣхъ фигурирующихъ въ сдѣлкѣ лицъ—свободное и легкое обращеніе, бумагъ о которыхъ идетъ рѣчь. Вотъ почему слѣдуетъ предположить, при передачѣ и пріобрѣтеніи, ихъ молчаливое согласіе всѣхъ участвующихъ лицъ насчетъ того, что строгая виндикація не должна бы имѣть мѣста. Однако такое предположеніе, во первыхъ весьма произвольно и смѣло. Если спросить отдѣльныхъ кредиторовъ объ ихъ мнѣніи, то они тотчасъ выставили бы на видъ указанные выше (§ 66) противоположные интересы, и весьма сомнительно, чтобы большинство изъ нихъ боялось подвергнуться виндикаціи вслѣдствіе неосторожной покупки болѣе, нежели опасности потерять владѣніе вслѣдствіе кражи и лишиться виндикаціи противъ третьяго лица. Часто гораздо легче избѣжать ущерба путемъ осторожной покупки, нежели предупредить потерю бумагъ путемъ воровства или грабежа.

Нужно еще прибавить, что явный отказъ въ виндикаціи (который такъ легко было бы примѣнить къ этимъ бумагамъ) сталъ бы въ противорѣчіе съ принципами римскаго права, относительно собственности. Собственность можетъ быть видоизмѣнена извѣстными и признанными jura in re, каковы сервитуты; модификація же собственности путемъ частнаго произвола невозможна и противорѣчила бы jus publicum (e). Другими словами, подобное соглашеніе можетъ имѣть силу обязательства только между договаривающимися и ихъпреемниками; по отношенію же къ третьимъ лицамъ оно не имѣетъ никакого дѣйствительнаго вещнаго значенія, безъ чего немыслимо и устраненіе виндикаціи.

Отсюда слѣдуетъ, что, если бы даже предположеніе нашихъ противниковъ было справедливо и несомнѣнно (что я отрицаю), то и тогда нельзя было бы допустить вытекающихъ изъ него послѣдствій съ точки зрѣнія нашего общаго права; оставалось

(e) L. 17 de R. J. (50. 17), L. 61 de pactis (2. 14.—Срав. System т. 1 § 16, стр. 58.

бы только желать, чтобы виндикація была отмѣнена новымъ закономъ.

Единственной опорой для мнѣнія противниковъ служитъ ссылка ихъ на общее обычное право, не допускающее будто бы виндикаціи; но и этотъ доводъ, послѣ изложенныхъ выше внутреннихъ основаній, представляется весьма не убѣдительнымъ и едвали найдетъ формальное подтвержденіе въ судебной практикѣ.

Теперь я снова возвращаюсь къ исключенію, которымъ противники наши желаютъ ограничить правило, дозволяя виндикацію противъ недобросовѣстнаго владѣльца. Но и его я долженъ отвергнуть, какъ непослѣдовательность, полумѣру. Если бы противное правило было вѣрно, то изъ него слѣдовало бы, что виндикація устраняется безусловно, а собственнику бумагъ дается личный искъ противъ вора, депозитарія и т. д. не возбуждающій впрочемъ, никакого сомнѣнія.—За основаніе исключенія выставляютъ мнимое общее правило, по которому никто не можетъ извлекать выгодъ изъ собственнаго dolus'a. Принципъ этотъ вообще справедливъ только въ обязательственномъ, а не въ вещномъ правѣ, такъ какъ недобросовѣстный покупщикъ, не смотря на свой dolus, пріобрѣтаетъ право собственности на вещь и можетъ совершить дѣйствительную передачу ея новому покупщику.—Истинное основаніе лежитъ въ справедливости, не опирающейся ни на какіе принципы. Въ случаѣ отысканія бумаги у вора или депозитарія, виндикація въ состояніи оказать собственнику дѣйствительную помощь, тогда какъ предоставленіе ему личнаго иска противъ вора, можетъ повести въ случаѣ конкурса къ потерѣ половины или даже всего права (g).

Послѣ всѣхъ изложенныхъ основаній, мы должны убѣдиться, что, въ области нашего общаго права, виндикація бумагъ на предъявителя допускается и притомъ въ смыслѣ, какой придавало ей римское право.—Примѣненіе ея распространяется

(f) L. 10 C. de resc. vend. (4. 44). Noodt de forma emend-doli mali C. 15.

(g) Сравн. объ этомъ, по поводу саксонскаго закона: Kind quaest. for. T. 3 C. 26. Далѣе: Phillips § 73. Примѣч. 7.

на всѣ указанные выше виды и настоящихъ владѣльцевъ или лицъ, имѣющихъ право на эти бумаги. Слѣдовательно виндикація обнимаетъ одинаково и векселя, и государственныя облигаціи съ родственными имъ бумагами, и даже желѣзнодорожныя акціи перваго выпуска, хотя послѣднія и не принадлежатъ къ документамъ, выражающимъ обязательства (h).

Съ виндикаціей связано также все ученіе объ эвикціи. Владѣлецъ, принужденный по иску возвратить виндицируемую бумагу, можетъ требовать отъ ея продавца возмѣщенія убытковъ; а за тѣмъ требованіе это регрессируетъ и къ другимъ предшествовавшимъ продавцамъ.

Но важнѣйшій и труднѣйшій вопросъ въ ученіи о виндикаціи относится къ основанію этого права, заслуживающему подробнаго разсмотрѣнія.

Основаніе всякой виндикаціи сводится къ двумъ моментамъ, изъ которыхъ каждый можетъ стать предметомъ спора и пунктомъ, требующимъ доказательствъ: 1, тождество предмета, требуемаго истцомъ, съ тѣмъ, которымъ владѣетъ отвѣтчикъ и 2, право собственности истца.

Для устраненія сомнѣнія относительно тождества предмета, истецъ обязанъ предъявить подробное его описаніе (i).

Во многихъ виндикаціяхъ этотъ моментъ представляетъ такъ мало затрудненій, что въ процессѣ объ немъ говорятъ не много или вовсе не говорятъ.

Дѣло представляется иначе, когда рѣчь идетъ о бумагахъ на предъявителя, такъ какъ большая и важнѣйшая ихъ часть, будучи квантитетами, (§ 64, р.) легко можетъ быть смѣшана съ другими однородными единицами.—Особенность эта въ нѣкоторыхъ случаяхъ дѣлаетъ виндикацію затруднительною, но, какъ извѣстно, исключить ее не можетъ. Даже деньги, какъ металлическія, такъ и бумажныя, единицы которыхъ почти не различаются между собою, и онѣ подлежатъ виндикаціи (k),

---

(h) Срав. выше § 66. b.—О виндикаціи и амортизаціи векселей срав. ниже § 69 h.

(i) L. 5 § 5 L. 6 de rei vind, (6. 1.)

(k) L. 11 § 2, L 14, L. 31 § 1 de reb. cred. (12. 1), L. 67 de j. dot. (23. 3). L. 78 de solut. (46. 3), L. 24 § 2

которая впрочемъ въ нашихъ источникахъ ограничена условіемъ «si exstant»,—выраженіе, указывающее, что при денежныхъ единицахъ, какъ квантитетахъ, индивидуально нераспознаваемыхъ, растрата и также смѣшеніе съ другими единицами считается, въ юридическомъ смыслѣ, уничтоженіемъ единицъ (l). Для ихъ сохраненія и индивидуальнаго распознаванія необходимо, чтобы владѣлецъ поставилъ ихъ въ тѣсную связь съ вещами, имѣющими другую природу, т. е. положилъ бы ихъ въ какое либо хранилище, запечатанное, запертое и опредѣленное напр. ящикъ, кошелекъ, бумажникъ и пр.—Тоже самое относится и къ бумагамъ на предъявителя, и, пока указанная связь (которую, конечно, владѣлецъ можетъ мгновенно уничтожить по своей волѣ) продолжается, доказательство тождества не представляетъ затрудненій.—При бумагахъ затрудненія эти бываютъ еще меньше, потому что бумаги не являются нераспознаваемыми подобно монетамъ, но обыкновенно обозначаются индивидуально, номерами (§ 64). Такимъ образомъ предусмотрительный собственникъ, для облегченія будущей виндикаціи, если она понадобится, долженъ только позаботиться о сохраненіи точной описи своимъ бумагамъ.

Гораздо болѣе затрудненій возникаетъ при второмъ моментѣ, необходимомъ для основанія виндикаціи,—именно при доказательствѣ права собственности, лежащемъ на обязанности истца. И такъ, какимъ образомъ можетъ истецъ доказать, что онъ дѣйствительно пріобрѣлъ право собственности на опредѣленную бумагу на предъявителя (m)?

---

de reb. auct. jud. (42. 5), L. 8. C. depos. (4. 34), § 2 J. quib. al. 2. 8. Тоже относится и къ пріобрѣтенію денежныхъ единицъ давностью владѣнія. L. 67. de j. dot. (23. 3).

(l) § 2 J. de usufr. (2. 4).

(m) Предметъ его доказательства есть пріобрѣтеніе, а не продолженіе собственности, непосредственно связанное съ пріобрѣтеніемъ. Слѣдовательно, если утверждается перерывъ собственности вслѣдствіе отчужденія, то этотъ доводъ принадлежитъ къ числу эксцепцій, и долженъ быть доказанъ отвѣтчикомъ. Срав. System. т. 5 § 225, стр. 153 — 156. Bethmann — Hollweg. Versuche zum Civilprozess. стр. 346—349.—Я сдѣлалъ объ этомъ только общее замѣчаніе, такъ какъ оно относится ко всякой виндикаціи и не касается спеціально виндикаціи упомянутыхъ бумагъ.

Онъ можетъ, конечно, представить то доказательство, что самъ онъ, или его первый или второй юридическій предшественникъ заплатилъ деньги въ государственное казначейство и получилъ за нихъ облигацію, гипотеку и пр. именно за такимъ-то номеромъ. Тогда онъ вполнѣ докажетъ пріобрѣтеніе дѣйствительной собственности; но какъ извѣстно, этотъ случай одинъ изъ самыхъ рѣдкихъ, и слѣдовательно только отчасти въ состояніи уменьшить затрудненіе, о которомъ мы говоримъ.

Возможно также, что пріобрѣтатель подобной бумаги ссылается на давность и доказываетъ, что онъ уже три года тому назадъ купилъ бумагу въ какомъ нибудь правительственномъ мѣстѣ или у частнаго лица и съ тѣхъ поръ владѣетъ ею безъ перерыва.

Подобное доказательство однако не всегда удается.

Употребительнѣйшее и вѣрнѣйшее средство могла бы дать въ этомъ случаѣ actio Publiciana, условія которой гораздо удобоисполнимѣе, нежели условія виндикаціи. Разсмотримъ ихъ поближе.

Первое—законный титулъ владѣнія, т. е. юридическій фактъ, способный, самъ по себѣ, повести къ пріобрѣтенію владѣнія, хотя бы въ данномъ случаѣ, по особымъ причинамъ, онъ и не привелъ къ такимъ послѣдствіямъ. Безъ сомнѣнія, недостаточно сослаться только на титулъ; его слѣдуетъ, въ каждомъ частномъ случаѣ, доказать со всевозможными подробностями.

Второе условіе — bona fides, добросовѣстность. Я сейчасъ возвращусь къ трудному и весьма спорному вопросу относительно доказательствъ этого фактическаго условія.

Теперь же мы разсмотримъ положеніе отвѣтчика, дѣйствительнаго владѣльца. Онъ можетъ состоять въ троякомъ отношеніи къ вещи, которою владѣетъ.

Во первыхъ отвѣтчикъ въ состояніи доказать, что онъ и есть истинный собственникъ. Тогда ему несомнѣнно принадлежитъ exceptio dominii, и истцу будетъ отказано въ искѣ (n).

Во вторыхъ, онъ можетъ состоять къ вещи въ такомъ же

(n) L. 1 pr. de publ. (6. 2). „Si quis. .non a domino... petet„. L. 16, L. 17 eod.

отношеніи какъ и истецъ, т. е. основываться на законномъ титулѣ и bona fides. Объ этомъ важномъ и весьма обыкновенномъ случаѣ мы сейчасъ поговоримъ.

Въ третьихъ, его отношеніе къ вещи менѣе благопріятно: онъ не можетъ ни сослаться, ни доказать наличности титула, или bona fides, или того и другаго вмѣстѣ, или же его доказательства будутъ опровергнуты (o). Въ этомъ случаѣ обвиненіе его несомнѣнно.

Намъ остается поближе разсмотрѣть второй или средній случай, въ которомъ отношеніе обѣихъ сторонъ къ владѣнію представляется одинаковымъ. Сначала я постараюсь устранить, по возможности, всѣ менѣе сомнительные вопросы, съ нимъ связанные. Если обѣ стороны пріобрѣли право отъ одного и того же предшественника (auctor), то получаетъ преимущество та, владѣніе которой старше по времени. При разныхъ предшественникахъ, преимущество дается дѣйствительному владѣльцу, а истцу отказывается; если же ни истецъ, ни отвѣтчикъ не владѣютъ, а предъявляютъ одновременно искъ къ третьему лицу, владѣющему infirmiori jure, то опять отдается преимущество тому, чье владѣніе старше (p).

Теперь приступимъ къ рѣшенію труднѣйшаго вопроса во всемъ ученіи, именно: при какихъ условіяхъ отношеніе обѣихъ сторонъ къ владѣнію должно почитаться дѣйствительно одинаковымъ?

Мы уже замѣтили, что истецъ обязанъ не только сослаться на законный титулъ владѣнія, но и доказать его въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ со всѣми подробностями. Ту же обязанность необходимо возложить и на отвѣтчика.

(o) Наши ученые обыкновенно включаютъ этотъ случай въ опредѣленіи иска, говоря, что искъ можетъ быть направленъ противъ того, „qui infirmiori jure possidet“. Hofacker. T. 2 § 1032. Mühlenbruch. T. 2. § 273.

(p) L. 9 § 4 de publ. (6. 2), (L. 14 qui pot. 20. 4).—L. 31 § 2 de act. emt. (19. 1). Кажущееся противорѣчіе этихъ цитатъ разрѣшается безъ всякой натяжки способомъ, указаннымъ въ текстѣ сочиненія. Hofacker. T. 2 § 1032. Но вопросъ этотъ весьма спорный. Многіе ученые признаютъ здѣсь не разрѣшимое противорѣчіе, отвергая изрѣченіе послѣдней цитаты, какъ ошибочное. Mühlenbruch T. 2 § 273. Puchta. Pandekten и Vorlesungen § 173.

Но какъ подвести подъ это правило bona fides, неразлучную съ титуломъ? Слѣдуетъ-ли и ее считать предметомъ доказательства, лежащаго на обязанности какъ отвѣтчика, такъ и истца?

Во первыхъ, нельзя не согласиться, что точное доказательство такого внутренняго факта, скрытаго въ совѣсти владѣльца, не только трудно, но положительно не возможно. Мы могли бы узнать о немъ только изъ устныхъ или письменныхъ заявленій владѣльца; однако и эти заявленія не могли бы внушить къ себѣ довѣрія вслѣдствіе слишкомъ очевиднаго интереса владѣльца въ принятіи того или другаго факта.

Въ виду сказаннаго господствующее (хотя и не единогласное) мнѣніе юристовъ всегда клонилось къ тому, что bona fides не должна быть доказываема,—что она, напротивъ, предполагается; а потому задача противника доказать mala fides, что весьма возможно, а иногда и легко, такъ какъ всякое выраженіе воли со стороны владѣльца, обличающее mala fides, представляется признаніемъ, клонящимся къ его же вреду.

Хотя мнѣніе это и не имѣетъ прочныхъ основаній, но должно быть принято въ силу практическихъ своихъ результатовъ (q). Въ нашихъ источникахъ хотя и есть нѣсколько на него указаній (r), но они недостаточны для полнаго уясненія предмета. И по этому нужно установить слѣдующіе принципы.

(q) Это въ особенности относится къ знаменитой, но неосновательной презумціи добросовѣстности всякаго человѣка (quilibet praesumitur bonus).

(r) Сюда относится совершенно произвольное смѣшеніе положительнаго выраженія (bona fides) съ чисто-отрицательнымъ, напр. L. 109 de V. S. (50. 16) „bonae fidei emtor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse“ etc., L. 31 § 2 de act. emti (19. 1) „cum emtio venditioque sine dolo malo fieret“.—Далѣе L. 30 C. de evict. (8. 45), гдѣ предполагается, что противникъ долженъ доказать mala fides, но при этомъ неизвѣстно, о какихъ юридическихъ отношеніяхъ говоритъ рескриптъ (вставка въ заголовокъ слова evictionibus ничего не доказываетъ).—Но въ особенности C. 47 de R. J. in VI. (5. 13) „Praesumitur ignorantia, ubi scientia non probatur“.—Срав. обо всемъ вопросѣ: Unterholzner. Verjährungslehre § 139 Harnier diss. de probatione b. f. Cassellis 1841.

Обстоятельство, что bona fides не можетъ быть прямо доказана, а между тѣмъ она-же составляетъ необходимое условіе для давности и actio Publiciana, легло въ основаніе того взгляда, по которому, обсужденіе bonae fidei, ея признаніе или непризнаніе должно быть предоставлено внутреннему убѣжденію судьи. Послѣднее не слѣдуетъ смѣшивать съ слѣпымъ произволомъ; оно прежде всего сообразуется съ несомнѣнно-существующей связью юридическаго титула съ bona fides. Титулъ не только служитъ оправданіемъ bonae fidei, но и дѣйствительнымъ основаніемъ, по которому судья долженъ допускать ее какъ фактъ, пока не будетъ доказано противное (s). Для этой цѣли не достаточно простаго факта существованія титула вообще напр. договора о продажѣ; его необходимо всегда разсматривать въ связи съ обстоятельствами, среди которыхъ онъ представляется. А потому, если обстоятельства сложились такъ, что пріобрѣтеніе собственности не могло произойти помимо легкомыслія или неблагоразумія, то судья не долженъ признавать bona fides. Такимъ образомъ, въ изслѣдованіи bonae fidei остается руководствоваться тѣми же соображеніями, которыя служатъ основаніемъ ученія объ ошибкѣ. Многіе тексты доказываютъ несомнѣнно, что и Римляне понимали вопросъ также (t).—Далѣе слѣдуетъ еще вопросъ: достаточно-ли простаго сомнѣнія для непризнанія bonae fidei? Многіе ученые рѣшаютъ его во всѣхъ случаяхъ отрицательно (u), что не вѣрно. Если сомнѣніе имѣетъ за себя серьезныя осно-

---

(s) Болѣе подробное изложеніе этого предмета находится въ System т. 3. Прилож. VIII. Num. XV и Num III.

(t) L. 44 § 4 de usurp. (41. 3) „si...non levi praesumtione credat“. L. 7 § 2 proemt. (41. 4), „aut scire debet“.

(u) Въ подкрѣпленіе этого отрицанія ссылались на L. 11 C. de cond. ind. (4. 5), но безъ всякаго основанія, такъ какъ при condictio indebiti играютъ роль совершенно другія соображенія, нежели при bona fides. Если кто либо, сомнѣваясь въ дѣйствительности долга, тѣмъ не менѣе уплачиваетъ его, онъ могъ это сдѣлать для спокойствія совѣсти или для поддержанія кредита, не имѣя никакого намѣренія совершить даръ, который долженъ былъ бы исключить кондикцію.

ванія, то, конечно, bona fides должна быть отвергнута (v); но послѣдняго нельзя допустить, если сомнѣніе происходитъ отъ излишней робости.

Изложенное ученіе относится къ публиціанскому иску вообще, безъ различія его объекта. Мы вдались здѣсь въ нѣкоторыя подробности потому, что этотъ искъ получаетъ гораздо большее и важнѣйшее значеніе въ примѣненіи къ бумагамъ, составляющимъ предметъ нашего изслѣдованія, нежели ко всѣмъ другимъ объектамъ.

Укажемъ наконецъ, случай, когда истецъ и отвѣтчикъ оба ссылаются на юридическій титулъ пріобрѣтенія владѣнія. Тогда необходимо рѣшить: одинаково или различно положеніе обоихъ съ точки зрѣнія bonae fidei; на основаніи могущаго быть различія и будетъ дано преимущество одному передъ другимъ.

И такъ, изъ этого изслѣдованія вытекаетъ, что мы не можемъ довольствоваться абстрактнымъ понятіемъ юридическаго титула, а должны обращать большое вниманіе на всю обстановку всякаго частнаго случая. Возможно, что каждая изъ сторонъ будетъ утверждать и, пожалуй, даже докажетъ, что она купила гдѣ-нибудь спорныя бумаги; но обстоятельства покупки могутъ быть въ обоихъ случаяхъ различны. Извѣстно, что бумаги, о которыхъ идетъ рѣчь, не принадлежатъ къ разряду такихъ вещей, которыми всякій безъ различія можетъ владѣть; не всякій ихъ обыкновенно продаетъ и покупаетъ. Такимъ образомъ, если изъ обстоятельствъ дѣла оказывается, что одна изъ сторонъ (которая въ большинствѣ случаевъ будетъ отвѣтчикомъ) купила бумаги у лица неизвѣстнаго, или, очевидно, не имѣющаго средствъ, или вообще у лица, которое по положенію своему не могло бы владѣть бумагами или торговать ими;—то судьѣ остается въ такомъ случаѣ отвергнуть bona fides въ юридическомъ смыслѣ слова, такъ какъ есть поводъ думать, что пріобрѣтеніе сопряжено или съ недобросовѣстностью или, по крайней мѣрѣ, съ предосудитель-

---

(v) Mühlenbruch. T. 2 § 289 not. 3. Unterholzner. Verjährungslehre т. 2 § 117 стр. 409.

нымъ и непростительнымъ неблагоразуміемъ. Такое заключеніе получитъ еще болѣе вѣроятія, если обнаружится, что владѣлецъ купилъ бумаги по цѣнѣ, ниже курсовой; уже одно это обстоятельство заставляетъ сомнѣваться въ добросовѣстности владѣнія покупателя.

Мы сейчасъ увидимъ, что многія изъ новыхъ законодательствъ ясно признали эти принципы и развили ихъ подробно. Если нашъ взглядъ на истинный смыслъ римскаго права основателенъ, то можно прямо сказать, что эти законодательства стоятъ на почвѣ вѣрно понятаго римскаго права.

§ 68.

I. Договоръ. B. Лица. Бумаги на предъявителя (Продолженіе). (Прусское право).

Съ изложенными римскими правилами о виндикаціи бумагъ на предъявителя необходимо сравнить постановленія нѣкоторыхъ новѣйшихъ законодательствъ, отчасти уклоняющіяся отъ нихъ.

Предварительно поставимъ слѣдующій принципъ: если для разрѣшенія даннаго случая имѣется нѣсколько законодательныхъ опредѣленій, то онъ обсуждается согласно законамъ той области, гдѣ ведется процессъ (a).

A. Во многихъ странахъ примѣненіе римской виндикаціи ограничивается правиломъ: „Hand muss Hand wahren“ (рука за руку отвѣчаетъ),—но если его считать всеобщимъ исключеніемъ виндикаціи, то это будетъ неправильно, такъ какъ на неправильную потерю владѣнія (вслѣдствіе грабежа, кражи, потери вещи) оно вовсе не распространяется.

Правило это относится скорѣе только къ случаямъ, когда собственникъ вещи отдалъ ее добровольно на храненіе другому лицу; здѣсь онъ долженъ довольствоваться личнымъ искомъ противъ послѣдняго; виндикація противъ третьяго владѣльца

(a) Срав. System т. 8 § 367, стр. 187. 188.

ему не дается. Впрочемъ, это исключеніе виндикаціи въ разныхъ мѣстахъ понимается различно. Въ нѣкоторыхъ оно распространяется на всѣ виды довѣрія вещи другому лицу; въ другихъ же напротивъ,—только на тѣ случаи, когда собственникъ довѣряетъ свою вещь другому въ интересахъ послѣдняго (напр. наемщику или закладчику), а не для своихъ собственныхъ выгодъ (напр. депозитарію, своему управляющему или прислугѣ) (b).

Нѣтъ основанія не примѣнить всего сказаннаго безусловно и къ бумагамъ на предъявителя. Слѣдовательно, тамъ, гдѣ правило это ограничено тѣсными предѣлами, виндикація не будетъ имѣть мѣста только въ тѣхъ случаяхъ, когда собственникъ довѣрилъ свою бумагу напр. закладчику, но не въ тѣхъ, когда онъ довѣрилъ ее депозитарію, мандатарію. Тамъ-же, гдѣ виндикаціи дается болѣе широкое примѣненіе, собственникъ не воспользуется ей и въ случаяхъ послѣдняго рода, то есть, вообще когда онъ добровольно передалъ бумагу въ чужія руки.

В. Прусское право.

Литература.

Bornemann Preuszisches Civilrecht. ч. 2 § 118 стр. 145—151.

Ergänzungen etc. von Gräff etc. (Fünfmännerbuch) ч. 2 стр. 160—181, 2-е изд. 1844.

Въ предлагаемомъ ученіи я излагаю прусское право подробнѣе другихъ не только потому, главнымъ образомъ, что самъ подданный прусскаго государства, но и потому, что право это представляетъ богатѣйшій законодательный и литературный матеріалъ. — При изложеніи я оставлю пока въ сторонѣ спеціальный предметъ нашего изслѣдованія (бумаги на предъявителя) и разсмотрю иски о собственности вообще, по прусскому праву; тогда только мы въ состояніи будемъ правильно судить и о спеціальномъ предметѣ насъ занимающемъ.

Прежде изслѣдованія самихъ исковъ о собственности, по общему праву (§ 67), я остановлюсь на нѣкоторыхъ предвари-

---

(b) Mittermaier т. 1 § 153. Bornemann. Preussisches Recht. т. 2., стр. 145.

тельныхъ соображеніяхъ, имѣвшихъ на нихъ разнообразное вліяніе въ частности.

Первое соображеніе—общая презумпція въ пользу владѣльца, представляющаяся съ перваго взгляда болѣе важною, нежели она есть на самомъ дѣлѣ. Вотъ буквально ея содержаніе: „По общему правилу, всякій владѣлецъ предполагается правомѣрнымъ и добросовѣстнымъ“ (c). Презумпцію добросовѣстности слѣдуетъ понимать и допускать въ томъ смыслѣ, какъ это было изложено выше съ точки зрѣнія общаго права (§ 67 г.).—Презумпція правомѣрности, т. е. существованія законнаго титула, является болѣе сомнительною (d). Въ самомъ дѣлѣ, если понимать ее въ обширнѣйшемъ значеніи слова, то выйдетъ, что всякій, кто когда либо былъ владѣльцемъ, уже въ силу одной этой презумпціи, и помимо другихъ доказательствъ, получаетъ право иска своего владѣнія противъ всякаго посторонняго лица. Но въ дѣйствительности презумпція эта иначе понимается. Она относится только къ положенію дѣйствительнаго владѣльца, т. е. отвѣтчика въ процессѣ о собственности; слѣдовательно, она выражаетъ только положеніе отвѣтчика по отношенію къ истцу, въ томъ именно смыслѣ, что отвѣтчикъ имѣетъ право ограничиваться простымъ отрицаніемъ иска, вызывая истца на представленіе доказательствъ, которыя могли бы склонить судью въ пользу его требованія. Впрочемъ въ этомъ нѣтъ ничего особеннаго и такимъ же положеніемъ несомнѣнно отвѣтчикъ пользуется и въ процессахъ о другихъ правахъ, напр. обязательствахъ.

Другое предварительное соображеніе—добросовѣстность владѣнія. Момента этого владѣлецъ доказывать не обязанъ: онъ предполагается въ его пользу, пока истецъ не докажетъ противнаго. Мы уже упомянули выше (примѣч. c) объ этомъ правилѣ, такъ что оно не составляетъ особенности прусскаго права.—Однако есть одно весьма важное практическое основаніе, приводящее меня между прочимъ къ убѣжденію, что правило

(c) A. L. R. 1. 7 § 179. § 8.
(d) О значеніи правомѣрности владѣнія срав. A. L. R. 1 7 § 10.

это, вполнѣ совпадавшее съ взглядами римскаго права (§ 67. t), впослѣдствіи пріобрѣло большее значеніе и развитіе въ правѣ прусскомъ.

Въ самомъ дѣлѣ, „недобросовѣстнымъ владѣльцемъ“ слѣдуетъ считать всякаго, кто, обладая обыкновенною степенью благоразумія, имѣлъ причины сомнѣваться въ законности титула своего владѣнія и тѣмъ не менѣе признавалъ владѣніе своимъ, впадая такимъ образомъ въ заблужденіе на счетъ его правомѣрности (e) по собственному непростительному не вниманію. Это общее правило примѣняется въ слѣдующихъ спеціальныхъ случаяхъ: во 1-хъ, когда вещь получена отъ подозрительной личности; къ такой категоріи принадлежатъ люди, не торгующіе обыкновенно подобными вещами, или, по своему положенію и образу жизни, не владѣющіе ими; въ особенности же люди совершенно неизвѣстные, промышляющіе покупкою и закладами золота, серебра, драгоцѣнныхъ каменьевъ и проч. (f); во 2-хъ, когда стоимость вещи значительно превышаетъ цѣну, требуемую продавцемъ—весьма вѣроятный признакъ, что вещь была похищена (g).—Несоблюденіе указанныхъ правилъ влечетъ за собою въ гражданскомъ правѣ тѣ послѣдствія, что отвѣтчикъ теряетъ при виндикаціи преимущества добросовѣстнаго владѣльца: онъ не можетъ требовать отъ виндицирующаго собственника возмѣщенія покупной цѣны (h). Къ этому

(e) A. L. R. I. 7 § 13. 15, I. 20 § 91.

(f) A. L. R. I. 15 § 18. 19, прибавленіе § 49. 50, II 20 § 1231—1236.

(g) A. L. R. II. 20 § 1236. Вопросъ спорный—слѣдуетъ-ли считать неосторожнымъ пріобрѣтателемъ даже покупщика вещи, о покражѣ которой публиковалось въ газетахъ, покрайней мѣрѣ, въ случаѣ, когда покупщикъ принадлежитъ къ промышленному классу людей; при этомъ необходимо еще доказать, что публикація и предостереженіе были ему извѣстны. Срав. Fünfmännerbuch. т. 2. стр. 180. Hinschius jur. Wochenschrift т. 1 1835, стр. 127—130. Bornemann. 2 стр. 147.

(h) A. L. R. I. 15 § 18. 25. Это относится только къ случаю весьма впрочемъ обыкновенному, когда вещь была куплена у подозрительнаго лица, при чемъ не было возможности изслѣдовать болѣе раннее возникновеніе права. Если же будетъ доказано, что подозрительное лицо пріобрѣло владѣніе отъ другаго, неподозрительнаго лица и не противозаконнымъ образомъ, то послѣдній и

нужно еще прибавить другое важное послѣдствіе по (старому) уголовному праву: если вещь оказывалась краденою, то неосторожный пріобрѣтатель ея наказывался тяжелымъ штрафомъ или тюремнымъ заключеніемъ (i).

Взвѣшивая безпристрастно приведенныя заботливыя и точныя постановленія и столь разнообразныя и тяжкія послѣдствія ихъ нарушенія,—мы прійдемъ къ убѣжденію, что законодатель придавалъ имъ серьезное значеніе и разсчитывалъ на плодотворное приложеніе ихъ къ дѣйствительной жизни.

Наконецъ третье соображеніе, котораго мы коснемся здѣсь только вскользь, относится къ положенію отвѣтчика въ процессѣ о собственности. Обыкновенно говорится, что онъ не обязанъ „объявить титулъ своего владѣнія, и доказывать его“ (k). Принципъ этотъ непосредственно слѣдуетъ за упомянутою презумпціею о правомѣрности и добросовѣстности владѣнія (примѣч. c) и выражается въ видѣ ея послѣдствія. Въ римскомъ правѣ мы его не видимъ, а потому можно допустить, что онъ тамъ разумѣлся самъ собою. Даже въ ландрехтѣ не обращено на него особеннаго вниманія и его существованіе и значеніе становятся замѣтными, благодаря только послѣдующимъ ограничивающимъ его исключеніямъ.

1. Когда будетъ доказано, что владѣніе вещью было отнято силою, хитростью или обманомъ. Это исключеніе въ особенности относится къ случаю кражи, которая, слѣдовательно, должна быть только удостовѣрена, такъ какъ прямое доказательство здѣсь почти всегда не возможно (l).

неосторожный пріобрѣтатель тѣмъ самымъ избавляется отъ всякихъ вредныхъ для него послѣдствій. Bornemann т. 2 стр. 165. 167.

(i) Угрожающее здѣсь наказаніе относится ближайшимъ и главнымъ образомъ къ нарушителямъ закона изъ промышеннаго класса (A. L. R. II. 20 § 1236), но оно имѣетъ силу и для другихъ лицъ (§ 1240. 1241).—Эти наказанія, конечно, не могутъ болѣе примѣняться со времени отмѣны въ 1851 г. тит. 20 ч. II. L. R. Впрочемъ, содержаніе этихъ §§ можетъ служить для объясненія и дополненія гражданскихъ постановленій, содержащихся въ титулахъ 7 и 15 ч. I L. R.

(k) A. L. R. I. 7 § 180.

(l) A. L. R. I. 7 § 184. — Что здѣсь рѣчь идетъ о тростомъ удостовѣреніи—это ясно признается въ декларации 23 мая 1875 г.

2. Когда судья, для объясненія спорныхъ обстоятельствъ дѣла, находитъ нужнымъ объявленіе титула владѣнія (m),— что, конечно, предоставляется свободному усмотрѣнію судьи.

3. Когда кто-либо докажетъ, что вещь выбыла изъ его правомѣрнаго владѣнія помимо его воли (n). Это исключеніе отличается отъ перваго тѣмъ, что относится не только къ украденнымъ вещамъ, но и къ потеряннымъ, слѣдовательно шире перваго. Но вмѣстѣ съ тѣмъ оно обставлено болѣе строгими условіями,—именно истецъ обязанъ доказать правомѣрность своего владѣнія (o). Внутреннее основаніе, на которомъ держится разграниченіе обоихъ случаевъ, состоитъ въ томъ, что защита противъ правонарушенія со стороны другого лица должна даваться легче и итти далѣе защиты отъ случайности или неосторожности.

Нѣкоторые изъ указанныхъ законовъ обязываютъ владѣльца доказать не только титулъ владѣнія, но и личность своего предшественника (p); въ другихъ же упоминается только о титулѣ, а не о предшественникѣ. Впрочемъ, это различіе только кажущееся и случайное, потому что титулъ долженъ, безъ сомнѣнія, обнимать собою всѣ фактическія обстоятельства, къ числу которыхъ прежде всего принадлежитъ предшественникъ.

---

§ XIII (см. ниже примѣч. mm). То же въ Allg. Ger. Ordn. I. 51 § 124.

(m) A. L. R. I. 7 § 184.—Въ другомъ мѣстѣ (I. 15 § 39) говорится о судебныхъ допросахъ; упорная уклончивость отъ отвѣтовъ влечетъ за собою вредныя послѣдствія. Неизвѣстно, слѣдуетъ-ли подъ этими судебными допросами разумѣть только вопросы судьи, или также и вопросы противной стороны, предлагаемые черезъ судью. Постановленіе I. 7 § 186, по моему мнѣнію, не убѣдительно.

(n) A. L. R. I. 15 § 34.

(o) Fünfmännerbuch. т. 2 стр. 165. Bornemann, т. 1 стр. 262, безъ всякаго основанія отрицаетъ это различіе, утверждая, что въ § 34, по ошибкѣ, внесена прибавка: „rechtmässig“ (правомѣрно). Безъ сомнѣнія, нашедшій (т. е. утверждающій, что онъ нашелъ вещь) обязанъ возвратить ее прежнему фактическому владѣльцу (I. 9 § 59); но изъ этого не слѣдуетъ, что простой фактическій владѣлецъ можетъ принудить нашедшаго потерянную вещь къ объявленію титула своего владѣнія съ цѣлью доказать этимъ, что онъ только нашелъ вещь.

(p) I. 15 § 34. 39.

Далѣе, тексты закона буквально говорятъ только объ объявленіи (Angabe) титула и предшественника; но чтобы, подобное предписаніе не оставалось простою иллюзіею, оно должно требовать и удостовѣренія (Bescheinigung): въ противномъ случаѣ, для избѣжанія невыгодныхъ послѣдствій закона, достаточно было бы сослаться на покупку вещи у какого-либо неизвѣстнаго путешественника или лица, уже умершаго (q). Къ тому же одинъ изъ текстовъ ясно говоритъ, что ссылка владѣльца на неизвѣстность ему титула и предшественника или на запамятованіе ихъ можетъ быть допущена только подъ условіемъ доказательства обстоятельствъ, дѣлающихъ ее правдоподобною (r).

Что касается основаній этого важнаго исключенія, то многіе ученые причисляютъ его къ характеристическимъ правиламъ прусскаго законодательства о владѣніи (s), съ точки зрѣнія котораго грабежъ, кража и даже находка вещи не прекращаютъ прежняго и не создаютъ для вора и проч. новаго владѣнія (t); перемѣна въ этомъ отношеніи совершается только подъ условіемъ новаго владѣнія, не имѣющаго никакихъ пороковъ (u). Такимъ образомъ, обязанность объявлять титулъ владѣнія приводитъ насъ къ убѣжденію, что отвѣтчикъ обязанъ быть юридическимъ владѣльцемъ, а не только фактическимъ (Inhaber).

Я не возбуждаю вопроса о томъ, могли или не могли составители ландрехта, при установленіи исключительной обязанности объявлять титулъ владѣнія, имѣть въ виду сейчасъ упомянутую, совершенно новую теорію пріобрѣтенія и потери владѣнія. Вѣроятно только одно, что также близка, и даже ближе, была для нихъ другая комбинація идей: я говорю о комбинаціи съ прежде установленнымъ правиломъ, по которо

(q) Bornemann т. 1 стр. 262, говоря о документахъ и доказательствахъ, повидимому, держится этого мнѣнія. Въ Fünfmännerbuch т. 2 стр. 166 указаны послѣдователи того и другаго мнѣнія.

(r) A. L. R. I. 15 § 39.

(s) Bornemann т. 1 стр. 262. Korb. Abhandlung въ juristische Wochenschrift von Hinschius т. 5 стр. 455.

(u) A. L. R. I. 7 § 122.

му пріобрѣтеніе владѣнія отъ подозрительной личности или по цѣнѣ несоразмѣрно низкой равнялось недобросовѣстному пріобрѣтенію (примѣч. f. g). Правило это, какъ было замѣчено выше, имѣетъ чисто практическій характеръ и важное значеніе, а потому законодатель долженъ былъ разсчитывать на неуклонное его примѣненіе. Но изъ какихъ данныхъ мы можемъ убѣдиться въ существованіи неосторожнаго, легкомысленнаго пріобрѣтенія, отъ котораго законодатель такъ заботливо предостерегаетъ? Конечно, владѣлецъ не откроетъ его добровольно, а потому обязанность объявлять титулъ пріобрѣтенія такихъ вещей, которыхъ кража и т. п. удостовѣрена, всегда будетъ единственнымъ путемъ къ открытію порочныхъ способовъ пріобрѣтенія, а вмѣстѣ съ тѣмъ и преступленій; безъ такой обязанности, даже самъ воръ, владѣющій вещью, находилъ бы опору въ простой ссылкѣ на презумпцію добросовѣстности (примѣч. c.). Въ этой то комбинаціи идей и таится истинное основаніе исключительной обязанности объявлять титулъ владѣнія, а что цѣль закона именно такова, ясно видно изъ свободнаго усмотрѣнія, предоставляемаго въ данномъ случаѣ судьѣ (примѣч. m).

Покончивъ съ предварительными соображеніями, я перехожу теперь къ искамъ о собственности по прусскому праву.

И здѣсь, какъ въ общемъ правѣ, во главѣ ихъ стоитъ собственно виндикація, искъ собственности въ тѣсномъ смыслѣ слова. Всякому, имѣющему возможность указать пріобрѣтеніе собственности для себя, предоставляется право требовать свою вещь отъ всякаго фактическаго или юридическаго владѣльца (Inhaber oder Besitzer), каково бы ни было ихъ владѣніе (v). Въ этомъ случаѣ ландрехтъ согласуется съ римскимъ правомъ.

Но они расходятся въ томъ, что римское право не даетъ отвѣтчику права на обратное полученіе издержекъ, связанныхъ съ пріобрѣтеніемъ владѣнія, тогда какъ, по ландрехту, добросовѣстный владѣлецъ имѣетъ право „требовать возмѣщенія всего, что онъ далъ или израсходовалъ по этому поводу“ (x);

(v) A. L. R. I. 15 § 1, I. 7. § 175.

(x) A. L. R. I. 15 § 25. 26. Это преднамѣренное отступленіе отъ римскаго права представлялось составителямъ ландрехта чѣмъ-

въ большей части случаевъ подъ такими издержками разумѣется ничто иное, какъ уплаченная покупная цѣна. Но для полученія требуемаго, владѣлецъ, конечно, обязанъ объявить и доказать титулъ своего владѣнія, а также удостовѣрить личность своего предшественника; только при этихъ условіяхъ судья можетъ точно опредѣлить количество того „что дано или израсходовано“.—Если владѣлецъ не докажетъ всего сказаннаго, то долженъ возвратить вещь безплатно (y), не пользуясь указанными преимуществами добросовѣстности, совершенно какъ если бы онъ пріобрѣлъ владѣніе по безвозмездному договору, не за деньги (z).—Слѣдовательно, необходимость для владѣльца объявить титулъ своего владѣнія имѣетъ въ данномъ случаѣ другое значеніе и основаніе, независимое отъ изложенной выше болѣе общей обязанности; здѣсь она вовсе не обусловлена предположеніемъ, что вещь должна быть украденною или потерянною (примѣч. l и n).

Но представленіе доказательствъ права дѣйствительной собственности часто бываетъ сопряжено съ большими затрудненіями, вслѣдствіе чего во многихъ, а пожалуй и въ большинствѣ случаевъ, является необходимость отыскать суррогатъ истинной виндикаціи. Такимъ суррогатомъ, по общему праву, служитъ публиціанскій искъ. Хотя въ прусскомъ правѣ, мы его и не встрѣчаемъ, но все-таки здѣсь признается искъ, совершенно аналогичный римской publiciana in rem actio (aa).

По этому иску истецъ, какъ и по римскому праву, обязанъ доказать законный титулъ владѣнія (bb) и только; добросовѣст-

---

то среднимъ между строгою виндикаціею римскаго права и снисходительными германскими правилами: „Hand muss Hand wahren (примѣч. b). Срав. Fünfmännerbuch т. 2 стр. 160. 161. Подобный взглядъ я не считаю вполнѣ правильнымъ.

(y) A. L. R. I. 15 § 37.

(z) A. L. R. I. 15 § 24.

(aa) Bornemann т. 1 § 64, стр. 571, Funfmännerbuch т. 2. стр. 161.

(bb) Онъ долженъ доказать „лучшее право на владѣніе“, „преимущественное право“, что онъ имѣетъ право болѣе основательное. 1. 7 § 161. 163. 1. 15 § 17. Правда, говорится, 1. 7. § 176. совершенный владѣлецъ имѣетъ, подобно собственнику, противъ всякаго посторонняго лица „всѣ пра-

ность неразлучная, впрочемъ, съ титуломъ (cc), не требуетъ доказательствъ: она всегда предполагается (примѣч. c).

Отвѣтчикъ, какъ и по римскому праву, можетъ опровергнуть требованіе собственника, только противопоставивъ ему доказательство лучшаго или равносильнаго права. Лучшее право можетъ, главнымъ образомъ, состоять въ доказательствѣ дѣйствительной собственности; (dd) за исключеніемъ же этого случая права обѣихъ сторонъ являются однородными и необходимо будетъ опредѣлить преимущество какой-нибудь изъ нихъ. Если обѣ стороны производятъ свои права отъ одного и того же предшественника, то отдается преимущество той, которая имѣетъ за себя древнѣйшій титулъ, связанный съ передачею владѣнія (ee).

Но, какъ поступить въ случаѣ ссылки сторонъ на разныхъ предшественниковъ—ничего не говорится. По смыслу ландрехта можно несомнѣнно заключить, что въ этомъ случаѣ слѣдуетъ отдать преимущество дѣйствительному владѣльцу; истцу слѣдовательно, будетъ отказано.—Всѣ изложенныя постановленія вполнѣ совпадаютъ съ римскимъ правомъ.

Если же отвѣтчикъ, будучи добросовѣстнымъ владѣльцемъ, тѣмъ не менѣе потеряетъ процессъ, то, по силѣ этихъ постановленій, онъ, какъ въ процессѣ противъ истиннаго собственника, имѣетъ право требовать возмѣщенія покупной цѣны (примѣч. x).

Изъ установленныхъ правилъ само собою слѣдуетъ, что отвѣтчику для устраненія истца или, покрайней мѣрѣ, для возмѣщенія покупной цѣны, всегда необходимо объявить и дока-

---

ва собственника", а, по 1. 7 § 6. 7., совершеннымъ владѣльцемъ называется такой, который владѣетъ вещью, какъ своею собственною, т. е. (по § 7) не какъ чужою собственностью,— что, по видимому, есть чисто отрицательное качество. Но изъ предыдущихъ текстовъ слѣдуетъ, что въ § 176, подъ совершеннымъ собственникомъ слѣдуетъ разумѣть въ частности вполнѣ титулированнаго собственника (по 1. 7 § 8.); откуда слѣдуетъ, что выраженіе § 176 нѣсколько не точно.

(cc) A. L. R. I. 7 § 177.

(dd) A. L. R. 1. 10 § 21.—Вообще exceptio dominii опровергаетъ actio publiciana L. 1 pr. L. 16. 17. de publ. (6. 2).

(ee) A. L. R. I. 10 § 22. 23.

зать свой титулъ,— и необходимость эта также совершенно отличается отъ тѣхъ исключительныхъ случаевъ, гдѣ дѣло идетъ о похищенныхъ или потерянныхъ вещахъ (примѣч. l и n).

Я счелъ нужнымъ изложить подробно взглядъ ландрехта на иски о собственности потому, что при такомъ только условіи возможно полное понятіе какъ ученія вообще, такъ и важнѣйшихъ практическихъ вопросовъ—въ частности. Теперь перехожу къ приложенію разсмотрѣннаго ученія къ бумагамъ на предъявителя, предмету нашего изслѣдованія.

Если мы ограничимся однимъ приложеніемъ указанныхъ общихъ правилъ, то дѣло представится въ слѣдующемъ видѣ. Собственникъ какой либо бумаги получитъ право требовать ее отъ всякаго владѣльца; точно также и вполнѣ титулированный владѣлецъ, съ тою только разницею, что послѣдній можетъ быть отстраненъ равноправнымъ отвѣтчикомъ.—И тотъ и другой должны будутъ въ случаѣ выигрыша процесса, возмѣстить отвѣтчику, оказавшемуся добросовѣстнымъ, покупную цѣну.

Между тѣмъ это далеко не такъ. Здѣсь мы имѣемъ дѣло съ совершенно иными спеціальными законами о наличныхъ деньгахъ и бумагахъ на предъявителя. Постараемся опредѣлить ихъ содержаніе.

Во первыхъ при виндикаціи денегъ можетъ встрѣтиться то обыкновенное затрудненіе, что нельзя будетъ доказать тождества виндицируемыхъ денежныхъ единицъ съ тѣми, на которыя претендуетъ истецъ. Хотя затрудненіе это исчезаетъ въ случаѣ виндикаціи денегъ, заключенныхъ въ кошелькѣ или другомъ какомъ либо хранилищѣ, (§ 67 i. k. l.), тѣмъ не мѣнѣе ландрехтъ постановляетъ, что деньги, даже при подобныхъ обстоятельствахъ, не могутъ быть виндицированы отъ добросовѣстнаго владѣльца, за исключеніемъ того случая, когда онъ пріобрѣлъ владѣніе безденежно (ff).—Такимъ образомъ, по общему правилу, виндикація денегъ запрещена и по исключенію дѣйствуетъ только въ двухъ случаяхъ: при недобросовѣстномъ и безденежномъ пріобрѣтеніи владѣнія.

(ff) A. L. R. I. 15 § 45. 46.

Съ приведеннымъ постановленіемъ связано слѣдующее за нимъ, по которому къ бумагамъ на предъявителя безусловно прилагаются тѣже правила (gg).

Здѣсь можно было бы видѣть непослѣдовательность въ томъ смыслѣ, что тождество денегъ доказывается ихъ соотношеніемъ съ другими предметами, тогда какъ тождество бумагъ можетъ быть доказано не только такимъ образомъ, но еще объявленіемъ ихъ номеровъ (§ 64). Но нельзя сказать, чтобы послѣдній способъ доказательства былъ запрещенъ по отношенію къ бумагамъ; напротивъ, по смыслу ландрехта, онъ предполагается самъ собою (hh).—Скорѣе можно признать другую непослѣдовательность. Положительное запрещеніе именно виндикаціи денегъ изъ рукъ добросовѣстнаго владѣльца, а не только обратнаго требованія (какъ при другихъ вещахъ) уплаченнаго, — оправдывается самою природою денегъ, какъ всеобщаго мѣрила цѣнъ. Въ самомъ дѣлѣ: кто пріобрѣлъ деньги не даромъ (какъ здѣсь предполагается), а напр. въ уплату долга, въ заемъ и т. д.—тотъ всегда далъ взамѣнъ полученныхъ денегъ точно такую же цѣнность; слѣдовательно, обратное требованіе отданнаго представляется въ данномъ случаѣ равносильнымъ исключенію самой виндикаціи.

Совершенно иное мы видимъ при бумагахъ, которыя представляются товаромъ въ томъ смыслѣ, что могутъ быть продаваемы по любой цѣнѣ (§ 64). Здѣсь было бы послѣдовательно допустить виндикацію въ полной силѣ, подъ условіемъ какъ и при другихъ вещахъ возмѣщенія добросовѣстному владѣльцу покупной цѣны, что повело бы къ важной обязанности отвѣтчика во всякомъ случаѣ объявлять титулъ своего владѣнія (примѣч. y), — а это, въ свою очередь, нерѣдко уничтожало бы возможность обратнаго требованія покупной цѣны (примѣч. f, g, k).

Указанную непослѣдовательность не должно считать пробѣломъ закона, но, какъ мы сейчасъ увидимъ, скорѣе сознательнымъ покровительствомъ обращенію этихъ бумагъ.

(gg) A. L. R. I. 15 § 47.
(hh) Bornemann. т. 2, стр. 147.

Въ ученіи о виндикаціи ихъ самымъ спорнымъ и вмѣстѣ съ тѣмъ важнѣйшимъ, съ практической стороны, вопросомъ является слѣдующій. При виндикаціи другихъ вещей, владѣлецъ, по исключенію, можетъ быть вынужденъ объявить титулъ своего владѣнія, когда вещь была украдена, утеряна, или когда судья найдетъ нужнымъ такое объявленіе (примѣч. l, m, n). Имѣетъ ли сказанное исключеніе силу и въ данномъ случаѣ? Законъ ничего объ этомъ не говоритъ, а между тѣмъ обстоятельство это тѣмъ болѣе важно, что обязательное объявленіе титула владѣнія можетъ повести къ обнаруженію въ отвѣтчикѣ недобросовѣстнаго, неосмотрительнаго или безденежнаго владѣльца, слѣдовательно къ допущенію противъ него виндикаціи, которая иначе не могла бы имѣть мѣста.

Одинъ ученый высказался противъ вышеуказаной обязанности владѣльца; судебная практика, повидиму, склоняется также въ пользу этого мнѣнія (ii).

Основаніемъ въ данномъ случаѣ выставляется соображеніе, что при другихъ предметахъ, подобная обязанность имѣетъ цѣлью обнаруженіе существованія въ рукахъ отвѣтчика истиннаго владѣнія (примѣч. 5).—По отношенію же къ бумагамъ на предъявителя такое соображеніе не имѣетъ значенія: какъ скоро для передачи ихъ не требуется цессіи, то главный вопросъ состоитъ здѣсь въ фактическомъ, а не въ дѣйствительномъ юридическомъ владѣніи.—Приведенное основаніе представляется мнѣ неправильнымъ. Освобожденіе отъ формальностей цессіи было бы облегченіемъ для оборота даже при необходимости строгихъ доказательствъ права собственности на бумагу. Правда, что такихъ доказательствъ не требуется; здѣсь нужно только — истинное владѣніе, ведущее уже само по себѣ, къ предположенію права собственности на бумагу и вмѣстѣ съ тѣмъ и права требованія по ней.

Но изъ этого вовсе не слѣдуетъ, чтобы согласно весьма распространенному мнѣнію не было ни какой надобности въ истинномъ владѣніи и что будто простое фактическое владѣніе даетъ право требованія. Такимъ образомъ изъ отсутствія цес-

---

(ii) Abhandlung von Korb (см. выше примѣч. s), стр. 453—456.

сіи нельзя выводить излишества въ данномъ случаѣ настоящаго владѣнія (kk).

Напротивъ, я утверждаю, что обязанность отвѣтчика объявить титулъ владѣнія бумагами на предъявителя подчинена тѣмъ же условіямъ и ведетъ къ тѣмъ же послѣдствіямъ, какъ и при владѣніи другими предметами, и вотъ на какихъ основаніяхъ.

Обязанность эта выражена въ законѣ вообще, безъ различія предметовъ и потому изъятіе изъ такого общаго правила одного какого-либо предмета представляется произвольнымъ и неосновательнымъ.

Запрещенію неосмотрительнаго пріобрѣтенія вообще и въ частности покупки у подозрительныхъ лицъ законъ придаетъ на столько важное значеніе, что подкрѣпляетъ его денежнымъ штрафомъ и тюремнымъ заключеніемъ.—Однако подобное запрещеніе было бы чистой иллюзіей по отношенію къ бумагамъ на предъявителя, если бы владѣлецъ ихъ освобождался отъ обязанности объявлять въ случаѣ кражи титулъ владѣнія. Посмотримъ, какъ дѣло представляется въ жизни.—Владѣніе другими вещами въ большей части случаевъ бываетъ открытымъ, замѣтнымъ для глазъ посторонняго наблюдателя, такъ что очень часто собственникъ можетъ просто случайно открыть владѣльца; бумаги же обыкновенно каждый прячетъ и хранитъ, обнаруживая ихъ большею частью только въ моментъ полученія процентовъ въ казначействѣ. И если при всемъ томъ, обворованному собственнику удается открыть фактическаго владѣльца, то, по мнѣнію моихъ противниковъ, послѣднему отъ этого ничуть-не хуже. Если бы даже онъ былъ самъ воръ, или купилъ бумаги завѣдомо-краденыя, или по неосмотрительности,—то ему просто стоило противопоставить собственнику l. 7, § 179—180 ландрехта и продолжать, нисколько не смущаясь, владѣть и пользоваться бумагами.—По моему же мнѣнію, онъ обязанъ былъ бы объявить титулъ своего владѣнія, доказать личность предшественника, причемъ, по всей вѣроятности, кра-

---

(kk) Все это было уже изложено выше (§ 66) съ точки зрѣнія общаго права; взглядъ ландрехта въ этомъ отношеніи одинаковъ.

жа была бы обнаружена; если же владѣлецъ пріобрѣлъ вещь добросовѣстно и осмотрительно, то ему легко было бы это доказать (ll).

Согласиться съ мнѣніемъ моихъ противниковъ—значитъ покровительствовать кражѣ, и сами же поборники легкаго и быстраго движенія бумагъ навѣрное не захотятъ одобрить такого быстраго движенія, какое можетъ воспослѣдовать отъ посѣщенія ворами кассъ частныхъ собственниковъ.—Наоборотъ, соглашеніе съ моимъ мнѣніемъ не влечетъ за собою ни опасности, ни стѣсненія ни для кого изъ честныхъ людей,—потому что всякій постарается покупать тогда подобныя бумаги только отъ извѣстныхъ и надежныхъ лицъ, что дѣлаютъ обыкновенно и теперь благоразумные люди,—а въ такихъ лицахъ нѣтъ недостатка въ мѣстахъ, гдѣ производятся торговыя операціи этими бумагами.

Ко всѣмъ высказаннымъ основаніямъ прибавлю еще одно, имѣющее болѣе историческій характеръ. Источникомъ для изложеннаго постановленія ландрехта о разсматриваемыхъ бумагахъ (l. 15 § 47) послужила законная декларація 23 мая 1785 г. (mm). Она запрещаетъ виндикацію упомянутыхъ бумагъ, и идетъ въ этомъ отношеніи еще далѣе ландрехта, допуская виндикацію только при недобросовѣстномъ владѣніи (§ II. III. IV); при безденежномъ-же-виндикація не имѣетъ мѣста. Но и эта декларація уже доказываетъ справедливое сочувствіе къ судьбѣ собственниковъ, лишившихся вещей вслѣд-

---

(ll) Неосмотрительная покупка бумагъ на предъявителя отъ подозрительныхъ лицъ или по цѣнѣ ниже курсовой, случается чаще подобной же покупки другихъ вещей (примѣч. e. f. g). Къ этому можно прибавить еще одинъ случай неосмотрительности: покупка акціи безъ купона или наоборотъ потому, что подобная покупка не согласна съ обыкновенными правилами торговли. Eichhorn Deutsches Recht. § 191, e.

(mm) Приведена въ N. C. C. T. 7. S. 3127, у Rabe т. XII стр. 231 и въ Funfmännerbuch т. 2. стр. 174—176. Эта декларація проникнута крайнимъ покровительствомъ обороту этихъ бумагъ. Во введеніи говорится: „Съ такимъ быстрымъ и безпрепятственнымъ обращеніемъ, какого необходимо требуетъ живость экономическихъ сношеній, какъ главная цѣль ихъ введенія“.... Выше я уже пытался (§ 64) опровергнуть такой взглядъ.

ствіе кражи или потери (nn). Если, по заявленіи собственникомъ правительству о своей потери, кто либо представитъ бумагу, то не только слѣдовало увѣдомить объ этомъ заявившаго, но исполнить еще слѣдующее правило: „§ XII. Представившій бумагу обязанъ объявить того, отъ кого онъ ее получилъ. Если же онъ отзовется невѣдѣніемъ, то, по усмотрѣнію судьи, можетъ быть обязанъ, по крайней мѣрѣ, подтвердить присягою свое невѣдѣніе.“ Совершенно въ томъ же смыслѣ § XIII поясняетъ, что „нужно обращать вниманіе на личности сторонъ — претендующаго собственника и представившаго бумагу, такъ какъ можетъ одинъ оказаться человѣкомъ извѣстнымъ, благонадежнымъ и достойнымъ довѣрія, другой — неизвѣстнымъ и даже подозрительнымъ.“ Но ослабляется ли значеніе этихъ предписаній по отношенію къ нашему вопросу оттого только, что они относились къ административнымъ мѣстамъ? Конечно нѣтъ. Судья, какъ прямой защитникъ собственности, долженъ безъ сомнѣнія, считать эти предписанія обязательными также и для себя въ тѣхъ даже случаяхъ, когда сомнительность владѣнія бумагами сказывалась не вслѣдствіе ихъ представленія въ административное мѣсто, а другимъ путемъ.

Прибавлю, что эта декларація, кромѣ отдѣльныхъ, касающихся провинцій, постановленій и извлеченій изъ нея, попавшихъ въ ландрехтъ, не имѣетъ болѣе силы самостоятельнаго закона (oo); но ею можно пользоваться для объясненія тѣхъ мѣстъ ландрехта, которыя изъ нея заимствованы. Въ ней-то я и нахожу опору своему мнѣнію, что предъявитель украденной или потерянной бумаги обязанъ объявить титулъ своего владѣнія.

Въ юридической практикѣ не разъ уже представлялся случай аналогичный, но не тождественный, съ разсмотрѣннымъ юри-

---

(nn) § XI. „Этимъ сверхъ того по возможности облегчится для собственника похищенной или потерянной гипотеки или акціи, способъ возвращенія своей собственности....“ и проч. Вотъ почему совершенно ложно мнѣніе нѣкоторыхъ ученыхъ, будто слѣдующія за этимъ постановленія имѣютъ характеръ чисто административный и относятся къ мѣрамъ государственнаго контроля. Напротивъ—истинная ихъ цѣль защита права собственности.

(oo) Fünfmännerbuch. т. 2. стр. 174. 177.

дическимъ вопросомъ. По смерти собственника, бумага оказывалась во владѣніи жильца утверждавшаго, что она была подарена ему покойникомъ. Судъ справедливо потребовалъ доказательствъ дара (pp). Въ этомъ случаѣ владѣльцу мало было сослаться на титулъ владѣнія; онъ объявилъ его охотно и отъ доказательства справедливости сдѣланнаго объявленія зависѣло теперь рѣшеніе вопроса: кто долженъ считаться собственникомъ бумаги—настоящій владѣлецъ или наслѣдники прежняго законнаго собственника?

C. Австрійскій кодексъ заимствовалъ множество правилъ изъ другихъ новѣйшихъ законовъ, но не вполнѣ ихъ усвоилъ и не привелъ въ одно систематическое цѣлое.

И въ немъ есть правило: „Hand muss Hand wahren," но оно защищаетъ только владѣльца, пріобрѣвшаго вещь отъ депозитарія и т. д. за извѣстную плату денегъ (§ 367). Кто пріобрѣлъ вещь отъ подозрительнаго лица, или за несоразмѣрно низкую цѣну, тотъ считается недобросовѣстнымъ владѣльцемъ (§ 368).—Наличныя деньги или бумаги на предъявителя могутъ быть виндицированы только при обстоятельствахъ, которыя даютъ истцу возможность доказать свое право собственности и вмѣстѣ съ тѣмъ обнаруживаютъ, что отвѣтчикъ не имѣлъ никакого права присвоить вещь себѣ (§ 371).

D. Французскій code civil спеціально не упоминаетъ о виндикаціи бумагъ на предъявителя. Онъ установляетъ общій принципъ,—что всѣ движимыя вещи (къ числу которыхъ принадлежатъ и упомянутыя бумаги) могутъ быть виндицированы только въ случаѣ потери ихъ собственникомъ или похищенія; искъ продолжается только три года (art. 2279).

Прочія новыя законодательства содержатъ болѣе или менѣе подробныя постановленія объ этомъ предметѣ (qq).

(pp) Entscheidungen des Obertribunals т. 11. 1846 стр. 296—302. Тоже въ рѣшеніи оберъ-трибунала отъ 26 октября 1844 (Böhlig ℅. Leinich), которое мнѣ извѣстно только по оригиналу.

(qq) Bender стр. 335 — 337, стр. 619. 633. 634. Gönner §

§ 69.

I. Договоръ. B. Лица. Бумаги на предъявителя (Продолженіе). [Амортизація].

III. Амортизація (a).

Литература.

G. Ph. von Bülow. Abhandlungen т. 1. Braunschweig № XVII.

Bender стр. 339—358.

Gönner § 73—78.

Thöl § 56.

Когда собственникъ бумаги на предъявителя теряетъ владѣніе вслѣдствіе похищенія, потери, пожара или кораблекрушенія,—онъ ставитъ себя этимъ въ иное положеніе, нежели собственникъ бумажныхъ денегъ, подвергнувшійся той-же участи.—Деньги, подобно всякому другому предмету собственности, имѣютъ цѣнность въ самихъ себѣ, а потому потеря бумажныхъ денегъ вслѣдствіе кораблекрушенія также невозвратима, какъ и погибель металлическихъ денегъ. Не то съ бумагами на предъявителя, которыя сами по себѣ цѣны не имѣютъ, а представляютъ простыя долговыя росписки, документальныя доказательства по обязательству (§ 64), отъ матеріальнаго существованія которыхъ продолжительность обязательства нисколько не зависитъ.

Правда, съ выдачею такихъ бумагъ связывается обыкновенно общая оговорка, что должникъ принимаетъ на себя только

70—72. Heimbach partikuläres Privatrecht 1848 § 188.—Срав. также § 67. g.

(a) Безразлично употребляются выраженія: Mortificirung (A. L. R. I. 16 § 126 и 130) и Amortisation (A. G. O. I. 51. § 115. 118 и слѣд., Прусскіе законы 1819 и 1828 г. см. ниже, Deutsche Wechselordnung § 73); но послѣднее получило въ новѣйшее время преобладаніе. Замѣтимъ, что подъ словомъ Amortisation понимается еще нѣчто существенно различное: постепенное погашеніе государственныхъ кредитныхъ бумагъ вслѣдствіе уплаты по частямъ, которыя за тѣмъ уничтожаются.

обязанность совершить платежъ владѣльцу или предъявителю бумаги и затѣмъ получаетъ право считаться совершенно свободнымъ отъ обязательства. Развивая эту оговорку съ строгою послѣдовательностью, мы прійдемъ, повидимому, къ заключенію, что для должника совершенно безразлично: платить-ли собственнику или вору, и что по уничтоженіи бумаги онъ совершенно не долженъ платить, выигрывая, такимъ образомъ, сумму, означенную въ бумагѣ, такъ какъ собственникъ лишился уже всякой возможности когда-либо предъявить ее ко взысканію.—Но болѣе серьезное соображеніе показываетъ, что такое послѣдствіе неосуществимо на практикѣ и не вытекаетъ изъ истиннаго смысла упомянутой оговорки; напротивъ, должникъ готовъ гарантировать первоначальнаго собственника отъ послѣдствій постигшаго его несчастія, насколько это не опасно для самаго должника. Дѣйствуя такимъ образомъ, должникъ руководится не только общими интересами правосудія, которые во всякомъ государственномъ учрежденіи должны быть на первомъ планѣ, но и желаніемъ поддержать кредитъ къ своимъ бумагамъ. Такимъ образомъ, истинный смыслъ упомянутой оговорки состоитъ скорѣе въ томъ, что должникъ ни въ какомъ случаѣ не долженъ ставить себя въ необходимостьплатить дважды различнымъ лицамъ сумму, означенную въ бумагѣ (b).

Процессъ, ведущій или могущій привести къ амортизаціи такихъ бумагъ, слѣдующій (c). Собственникъ, потерпѣвшій подобное несчастіе, заявляетъ объ этомъ въ правительственное учрежденіе, завѣдующее ихъ выдачею и въ особенности платежемъ процентовъ. Онъ долженъ точно означить номера потерянныхъ бумагъ, свое право на нихъ и удостовѣрить непроизвольную ихъ утрату (d).

(b) Срав. выше § 66 въ концѣ.

(c) Я говорю здѣсь только объ амортизаціи бумагъ на предъявителя. Впрочемъ, нѣчто подобное можетъ совершиться и съ билетами, выданными на опредѣленное лицо, которые, по уплатѣ долга, не могутъ быть возвращены потому, что утеряны или уничтожены. Но здѣсь дѣло проще и представляетъ нѣкоторое затрудненіе развѣ при гипотекахъ. Срав. A. L. R. I, 16 § 125 — 129, A. G. O. I. 51 § 115 и слѣд.

(d) Онъ долженъ только удостовѣрить эти факты, а не доказать

Ближайшее послѣдствіе заявленія состоитъ въ томъ, что учрежденіе отмѣчаетъ указанные номера и затѣмъ ждетъ: не будутъ-ли представлены купоны подъ этими номерами? Дальнѣйшія послѣдствія бываютъ весьма различны, и даже самъ объявитель во многихъ случаяхъ долженъ считать ихъ неизвѣстными.

Если такіе купоны будутъ представлены, то по нимъ платежа предъявившему тотчасъ не производится. О представленіи и о личности предъявившаго извѣщается объявитель, а затѣмъ все дѣло рѣшается процессомъ между обѣими сторонами, по изложеннымъ выше принципамъ для виндикаціи бумагъ (§ 67. 68.)

Напротивъ, если никто не является съ купонами, что необходимо предполагаетъ матеріальное уничтоженіе бумаги, учрежденіе публикуетъ нѣсколько разъ во всеобщее свѣдѣніе о заявленной утратѣ съ обозначеніемъ номеровъ. И если, по истеченіи нѣсколькихъ лѣтъ, публикаціи останутся безъ всякихъ послѣдствій, то судъ въ рѣшеніи своемъ можетъ объявить бумагу амортизированною, а объявившему выдается бумага равнаго достоинства.

Главнѣйшимъ послѣдствіемъ такой мѣры будетъ высшая безопасность должника. Вслѣдствіе судебнаго рѣшенія объ амортизаціи всякая претензія къ должнику, со стороны неизвѣстнаго доселѣ владѣльца потерянной бумаги, останется безъ удовлетворенія. Но если подобный владѣлецъ явится и докажетъ, что онъ не могъ знать о публикаціи и заявить о себѣ вслѣдствіе чрезвычайныхъ событій, то, смотря по обстоятельствамъ, ему можетъ быть дана реституція, и дѣло опять рѣшится путемъ процесса между двумя опредѣленными сторонами.

Изложенные нами принципы, нормирующіе амортизацію, могутъ считаться общими, на сколько они вытекаютъ изъ природы разсматриваемыхъ бумагъ (e). Слѣдовательно, ихъ мож-

---

ихъ, такъ какъ послѣднее по большей части въ этомъ случаѣ невозможно. Срав. выше § 68. 1 и Gönner § 76.

(e). Eichhorn. Deutsches Recht § 191 e, Mittermaier § 275 Num. VII, Thöl § 59.

но примѣнять повсюду, гдѣ амортизація прямо не запрещена закономъ (f).

Самыя точныя постановленія объ амортизаціи находятся въ прусскомъ кодексѣ (g). Изложенныя выше правила развиты здѣсь въ томъ смыслѣ, что публикаціи должны продолжаться въ теченіи шести полугодовыхъ процентныхъ сроковъ (т. е. 6 лѣтъ). Если публикаціи останутся безплодными, то кромѣ ихъ должно быть напечатано формальное объявленіе на имя непзвѣстнаго владѣльца съ приглашеніемъ заявить о себѣ подъ страхомъ просрочки; если и за тѣмъ, въ теченіи двухъ процентныхъ сроковъ, не послѣдуетъ отзыва владѣльца, то дѣло передается въ судъ для постановленія рѣшенія.

Потеря и похищеніе векселя также можетъ вести къ виндикаціи или амортизаціи (h).

§ 70.

I Договоръ. B. Лица. Бумаги на предъявителя. (Продолженіе).

Въ заключеніе мнѣ остается упомянуть о нѣкоторыхъ случаяхъ, когда природа бумагъ на предъявителя или не достигаетъ еще окончательнаго развитія или наоборотъ теряетъ свое первоначальное значеніе.

I. Бываетъ, что предприниматели нѣкоторыхъ промышлен-

(f) Gönner § 75.

(g) A. L R I. 16. § 130, A. G. O. I. 51 § 120—140. — Существуетъ еще много постановленій, служащихъ дополненіемъ или измѣненіемъ порядка амортизація внутреннихъ государственныхъ бумагъ. Gesetz vom 16 Iuni 1819 (G. S. 1819 p. 157). Gesetz vom 3 Mai 1828 (9. G. S. 1828 p. 61.)

(h) Древнее право. A. L. R. II. 8 § 1159—1180. Новое право. Allg. Deutsche Wechselordnung Art, 73. 74. Preussische Einführungsordn. vom 16 Feb. 1850 § 2 G. S. 1850 p 53).—Слѣдуетъ замѣтить, что и по вексельному уставу Art. 74 неправильное пріобрѣтеніе векселя, вслѣдствіе грубой небрежности, считается равносильнымъ недобросовѣстному.

ныхъ операцій требуютъ платежей не одновременно, а постепенно, по частямъ.—При этомъ обыкновенно выдаются такъ называемыя к в и т а н ц і и (Quittungsbogen), которыя впослѣдствіи по окончаніи платежей, переходятъ въ настоящія акціи. Особенность даннаго случая состоитъ въ томъ, что покупщикъ подобныхъ квитанцій, какъ вступившій въ личное отношеніе своего предшественника, можетъ быть обязанъ къ продолженію уплатъ (a).

II. Затѣмъ бываетъ, что публичное учрежденіе выпускаетъ кредитныя бумаги на опредѣленное лицо, но подъ условіемъ,—что съ уплатою по нимъ всякому другому предъявителю, оно освобождается отъ долга. Подобныя бумаги имѣютъ неопредѣленный, двусмысленный характеръ, а потому, нерѣдко возникаютъ процессы объ ихъ значеніи (b).

III. Бумаги на предъявителя могутъ подвергнуться явному измѣненію, какъ скоро на нихъ дѣлается надпись о томъ, что о н ѣ и з ъ е м л ю т с я и з ъ о б о р о т а. Подобный результатъ достигается надписью частнаго собственника, желающаго такимъ путемъ гарантировать себя отъ воровъ. — Къ тому же результату ведетъ и надпись публичнаго учрежденія, которое выпустило бумаги.

Въ первомъ случаѣ первоначальная сила бумаги можетъ быть возстановлена только свидѣтельствомъ суда, выданнымъ послѣ судебнаго изслѣдованія, а не новою надписью частнаго лица. Надпись публичнаго учрежденія можетъ быть уничтожена только новою надписью того же учрежденія (c).

Позднѣйшее прусское право постановило, что надписи частныхъ лицъ не имѣютъ обязательной силы для публичнаго учрежденія, выпустившаго бумагу и уплачивающаго проценты:

(a) Одно изъ рѣшеній прусскаго обертрибунала отъ 4 іюня 1850 по поводу этого юридическаго вопроса, упоминается въ Neue Preussische Zeitung отъ 6 іюня 1850 г.

(b) Срав. Fünfmännerbuch т. 2. стр. 169—171.

(c) A. L. R. I. 15 § 47—51 основаны на декларации 1785 г. (§ 68 m. m). Срав. B o r n e m a n n т. 2 стр. 147. Fünfmännerbuch т. 2. стр. 177—179.

ихъ сила ограничивается, слѣдовательно, взаимными юридическими отношеніями частныхъ лицъ (d).

Я коснулся перечисленныхъ различныхъ случаевъ только вообще и для полноты, не вдаваясь въ подробное изложеніе, требующее спеціальнаго разсмотрѣнія всякаго изъ нихъ. Установленныя выше правила относительно бумагъ, выдаваемыхъ безспорно на каждаго предъявителя и всегда сохраняющихъ этотъ характеръ, совершенно независимы отъ этого дополнительнаго изслѣдованія, предметы котораго сравнительно съ разсматриваемыми бумагами, представляются только незначительными исключеніями.

§ 71.

I. Договоръ. C. Заключеніе.—Толкованіе.

Мы остановимся на ученіи о заключеніи обязательственныхъ соглашеній не долго потому, что договоръ вообще, и обязательственное соглашеніе въ частности, составляющее предметъ настоящаго изложенія,—есть только спеціальное, хотя и особенно важное приложеніе болѣе общаго юридическаго понятія выраженія воли (или юридической сдѣлки) (a); ученіе же о выраженіи воли было мною подробно анализировано въ другомъ мѣстѣ,—чѣмъ была разрѣшена и большая и труднѣйшая часть теоріи заключенія обязательственныхъ соглашеній,—такъ что здѣсь достаточно сдѣлать только нѣкоторыя дополненія.

Слѣдующій краткій обзоръ объяснитъ намъ дѣло.

Заключеніе договора обусловливается тѣми же отдѣльными фактами, которые вообще требуются и для выраженія воли (b),

---

(d) Законъ 16 іюня 1835 г. (G. S 1835 p. 133). Срав. два новые закона отъ 4 мая 1843 г. (G. S. 1843 p. 177. 179).

(a) System т. 3 § 140 141.

(b) Срав. System. т. 3. § 114. стр. 99.;

именно: наличностью воли, ея выраженіемъ и соотвѣтствіемъ воли съ выраженіемъ.

Что касается наличности воли, то необходимо разсмотрѣть два момента:

Существованіе воли, которое можетъ быть подвержено сомнѣнію вслѣдствіе фактовъ, ее парализирующихъ; сюда относятся: принужденіе и заблужденіе, къ которому примыкаетъ особенно важный факторъ-обманъ (c).

Объемъ воли, который можетъ подвергнуться модификаціямъ въ силу слѣдующихъ самоограниченій: условія, времени, модуса (d).

При выраженіи воли необходимо имѣть въ виду слѣдующіе противоположные способы: формальный и неформальный, явный и подразумѣваемый, дѣйствительный и фиктивный (e). Договоры между отсутствующими возбуждаютъ особенныя сомнѣнія и затрудненія, которые не встрѣчаются въ другихъ случаяхъ, но и объ этомъ мы уже имѣли случай говорить прежде (f).

Наконецъ, и относительно соотвѣтствія воли съ выраженіемъ, возможны особенныя недоразумѣнія, для разрѣшенія которыхъ слѣдуетъ установить извѣстныя правила; но и послѣднія также одинаковы и для договоровъ и для другихъ объявленій воли (g).

Послѣ сдѣланнаго обзора казалось бы нѣтъ никакого основанія установлять для заключенія договоровъ особыя правила, помимо относящихся вообще къ выраженію воли. Но на дѣлѣ это далеко не такъ.

(c) T. 3. § 114. 115.—Этотъ пунктъ мы дополнимъ ниже, въ ученіи о дѣйствіи договора § 81;

(d) System T. 3. § 116 —129.

(e) System T. 3. § 130—133 Только дѣленіе договоровъ на формальные и не формальные требуетъ нѣкоторыхъ объясненій, возможныхъ впрочемъ не здѣсь, а только въ связи съ ученіемъ о дѣйствіи договоровъ. Срав. § 72 и слѣд.

(f) System. T. 8. § 371. 373. Срав. Puchta Pandekten § 251 и Vorlesungen § 251., который вообще согласенъ съ установленными мною правилами.

(g) System T. 3 § 134—139.

Уже было замѣчено въ другомъ мѣстѣ, что воля, выраженная словами, подобно закону, можетъ подлежать толкованію и часто въ немъ нуждается (h). Всѣ случаи толкованія сходятся къ одной общей цѣли—раскрыть, путемъ изслѣдованія, живую идею, скрытую въ мертвыхъ словахъ. Такая цѣль толкованія одинаково приложима и къ закону (i) и ко всякому иному объявленію воли.—Въ большинствѣ послѣднихъ случаевъ не легко установить точные принципы толкованія. Изрѣченія римскихъ юристовъ, въ этомъ отношеніи, также отличаются весьма общимъ характеромъ и довольно поверхностны: въ сомнительныхъ случаяхъ они не идутъ далѣе добросовѣстнаго толкованія разсматриваемаго казуса. Выводъ нашъ наглядно подтверждается слѣдующими изъ нихъ.

Сомнительное выраженіе воли должно быть толкуемо въ смыслѣ наиболѣе благопріятномъ для поддержанія сдѣлки, а не для ея уничтоженія (k).—Затѣмъ, толкованіе не должно вести къ цѣли невозможной или недостижимой. Такъ напр., если при отчужденіи раба дается ручательство, что онъ здоровъ, или что онъ не воръ,—то ручательство это не должно понимать буквально, потому что невѣрность гарантированныхъ фактовъ не ведетъ ни къ какимъ юридическимъ послѣдствіямъ, а скорѣе подобное ручательство должно быть понимаемо въ томъ смыслѣ, что отчуждающій въ случаѣ его ложности обязуется уплатить денежное вознагражденіе (l).—Сверхъ того, необходимо болѣе обращать вниманіе на истинное намѣреніе, нежели на букву договора. (m) Толкованіе не должно основываться на предположеніи толкующаго, что онъ

(h) System T. 3. § 131. стр. 244. 245.

(i) System T. 1. Cap. IV § 32 и слѣд.

(k) L. 80 de V. O. (45. 1).„ Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est: commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit". L. 67 de R. J. (50. 17), L. 12 de reb. dub (34.5.)

(l) L. 31 de evict. (21. 2), L. 31. de R. J. Срав. J. Gothofredus in L. 31 de. R. J.

(m) L. 219 de V. S. (50. 16)„„... contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit". L. 3 C. de lib. praet. (6.38). Но приложеніе этого правила возможно только подъ условіемъ двусмысленности рѣчи. L. 25 § 1 L. 69 § 3 de leg. 3 (32 un.).

имѣетъ дѣло съ необыкновеннымъ, рѣдко встрѣчающимся случаемъ (n).—Двусмысленныя выраженія слѣдуетъ толковать сообразно нарѣчію того или другаго мѣста или страны (o).

Нѣкоторыя изрѣченія основаны на общей симпатіи или антипатіи, которыми руководствовались при обсужденіи извѣстныхъ сомнительныхъ юридическихъ сдѣлокъ. Впрочемъ послѣднія правила отличаются болѣе положительнымъ характеромъ и не относятся собственно къ толкованію. Сюда принадлежатъ слѣдующіе случаи.

Когда, при обсужденіи дѣйствительности приданаго, встрѣчаются двусмысленныя выраженія,—то судья долженъ рѣшить въ пользу приданаго (p). Мотивомъ здѣсь представляется публичный интересъ, покровительствовавшій установленію и поддержанію приданаго, служившаго средствомъ умноженія браковъ и воспитанія дѣтей (q).

Когда юридическое существованіе какого-либо обязательства зависѣло отъ двусмысленнаго выраженія воли, то, въ интересахъ естественной свободы, слѣдовало скорѣе рѣшать противъ, а не въ пользу обязательства (r).

(n) L. 64 de R. J. (50. 17).

(o) L. 34 de R. J. (50. 17),,,... id sequamur. quod in regione, in qua actum est, frequentatur". L. 114 eod. L. 65 § 7 de leg. 3 (32 un.), L. 18 § 3 de instr. (33. 7).—Въ этихъ текстахъ говорится не о мѣстномъ обычномъ правѣ, но о преобладающихъ и употребительнѣйшихъ фактахъ; къ нимъ въ особенности принадлежитъ господствующій въ мѣстности или странѣ языкъ, который и долженъ быть принятъ въ руководство при толкованіи двусмысленныхъ выраженій.—Далѣе, этимъ указаніемъ на мѣстный языкъ не исключается вполнѣ значеніе индивидуальнаго способа выраженія при толкованіи L. 69 § 1 de leg 3 (32 un.), L. 18 § 3 de instr. (33. 7), L. 7 § 2 de suppell. (33. 10).

(p) L. 85 pr. de R. J. (50. 17) „In ambiguis pro dotibus respondere melius est". L. 70 de j. dot. (23. 3).—Примѣненіе этого правила находится въ L. 11 de pactis dot. (23. 4).

(q) L. 2 de j. dot. (23. 3). L. 1 sol. matr. (24. 3).

(r) См. выше. § Примѣч. g.—Вотъ случай примѣненія этого правила: если въ обязательствѣ сумма денегъ выражена неопредѣленно, то слѣдуетъ рѣшить въ пользу низшей суммы. L. 34 de R. J. (50. 17), L. 9 eod. могло бы случиться напримѣръ, что обѣщано извѣстное число дукатовъ или пистолей, тогда какъ названіе это принадлежитъ различнымъ родамъ монетъ неодинаковаго

Точно также при спорахъ о личной свободѣ и рабствѣ, надлежало склоняться въ пользу свободы (s).

Существуютъ однако два отдѣльные особенно важные и употребительные способа выраженія воли, для которыхъ установляются въ нашихъ источникахъ болѣе положительныя правила касательно толкованія, правила, о которыхъ мы упоминали уже прежде. Способы эти — договоры и завѣщанія (примѣч. h).—Что касается толкованія договора, то мы должны разсмотрѣть его здѣсь; о завѣщаніи-же скажемъ при изложеніи наслѣдственнаго права.

Если содержаніе договора даетъ поводъ къ различнымъ толкованіямъ,—то сомнѣніе необходимо всегда рѣшается въ пользу одной стороны, слѣдовательно, не въ пользу другой.— Таковъ же взглядъ и римскихъ юристовъ. Спрашивается только: которая изъ сторонъ имѣетъ право на преимущество и которая должна нести невыгоды? Въ нашихъ источникахъ предложенный вопросъ рѣшается на основаніи слѣдующихъ правилъ.

При стипуляціи невыгоды несетъ вѣритель (стипуляторъ, спрашивающій) (t).

Въ договорахъ продажи и найма невыгоды падаютъ на продавца или хозяина нанимаемаго имущества (u).

По изслѣдованіи значенія и основаній этихъ правилъ, мы увидимъ, что ихъ можно примѣнить и къ другимъ договорамъ.

Существо каждаго договора состоитъ въ согласномъ выраженіи воль относительно содержанія обязательства. Сторона, принимающая на себя трудъ формулировать соглашеніе, тѣмъ самымъ беретъ на себя отвѣтственность за точную передачу общей воли; а потому, если встрѣтится въ выраженіяхъ какая-либо двусмысленность, то виноватъ составитель, что про-

---

достоинства. Но если по мѣстному нарѣчію, подъ этимъ именемъ разумѣется извѣстная монета,—то она и получаетъ значеніе при толкованіи (Примѣч. o).

(s) L. 179 de R. J. (50. 17).

(t) L. 38 § 18 L. 99 pr de V. O. (45. 1), L. 26 de reb. dub. (34. 5).

(u) L. 39 de pactis (2. 14), L. 21. 33 de contr. emt. (18. 1), L. 172 pr. de R. J. (50. 17).

тивная сторона приведена въ недоразумѣніе относительно истиннаго содержанія договора, — все равно допустилъ - ли онъ двусмысленность съ злымъ умысломъ или по небрежности: отъ него зависѣло устранить всякія сомнѣнія и потому договоръ будетъ истолкованъ не въ его пользу.

Основаніе рѣшенія ясно выражено по поводу стипуляціи, (v), и безъ сомнѣнія совершенно справедливо, такъ какъ вопрошающій всегда ставилъ вопросъ по своему собственному усмотрѣнію, отвѣтъ же противника зависѣлъ отъ содержанія вопроса и долженъ былъ ему соотвѣтствовать (w). Это въ особенности наглядно видно изъ весьма употребительной въ послѣднее время письменной формы, представлявшей содержаніе предшествующей словесной стипуляціи (§ 73, h).

Тоже основаніе упоминается и при толкованіи, клонящемся къ невыгодѣ продавца и хозяина нанимаемаго имущества (x); но справедливость его здѣсь не такъ очевидна, потому что эти договоры не имѣли опредѣленной формы; слѣдовательно, виновникомъ двусмысленности могла быть то одна, то другая сторона, смотря по обстоятельствамъ. Впрочемъ при установленіи упомянутыхъ правилъ толкованія предполагается обыкновенный случай — когда вещь продается или отдается въ наймы. Въ этомъ случаѣ иниціатива сдѣлки принадлежитъ продавцу или хозяину имущества, который знаетъ вещь лучше своего противника, а между тѣмъ большая часть двусмысленностей касается свойствъ или объема вещи, какъ объекта договора (y). Отсюда слѣдуетъ, что гдѣ дѣло представ-

---

(v) L. 99 pr. de V. O. (45. 1),,... ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit, verba late concipere".

(w) § 1. J. de V. O. (3. 15).

(x) L. 39 de pactis (2. 14). „Veteribus placuit, pactionem obscuram, vel ambiguam, ventitori, et qui locavit, nocere: in quorum fuit potestate, legem apertius conscribere". L. 21 de contr. emt. (18. 1) ...„obscuritatem pacti nocere... venditori qui id dixerit..quia potuit re integra apertius dicere".

(y) L. 33 de contr. emt. (18. 1). „Cum in lege venditionis ita sit scriptum...tunc id accipitur, quod venditori nocet:

ляется иначе, и рѣшеніе должно быть иное. Такъ, если покупщикъ недвижимаго имѣнія желаетъ, чтобы въ продажу былъ включенъ и рабъ Стихъ и если въ имѣніи найдется много рабовъ этого имени, — то дѣло должно быть рѣшено противъ покупщика, какъ виновника такого дополнительнаго договора, слѣдовательно, въ пользу продавца (z).

И такъ если вездѣ соблюдается правило, что толкованіе должно клониться противъ виновника двусмысленности, то изъ приведенныхъ основаній ясно, что правило это примѣняется къ толкованію однихъ договоровъ:—только здѣсь виновникъ заступаетъ мѣсто обѣихъ сторонъ и принимаетъ на себя указанную выше отвѣтственность. Напротивъ односторонніе выраженія воли должны толковаться въ пользу иниціатора, что въ особенности имѣетъ мѣсто при исковой формулѣ (intentio) которая толкуется въ пользу истца, т. е. виновника акта (aa).

§ 72.

I. Договоръ. Д. Послѣдствія. Нормальныя дѣйствія.

Прежде всего необходимо опредѣлить нормальное или обыкновенное послѣдствіе договора, а затѣмъ мы укажемъ на возможныя съ обѣихъ сторонъ уклоненія отъ нормальнаго положенія въ силу внѣшнихъ вліяній на договоръ.—Послѣднія состоятъ или въ подкрѣпленіи или въ ослабленіи договора.

---

ambigua enim oratio est".—L. 21 e o d. . . „venditori q u i i d d i x e r i t" (см. примѣч. x.),

(z) L. 34 p r. d e c o n t r. e m t (18. 1). Si i n e m t i o n e f u n d i dictum sit, accedere Stichum servum".... Слѣдовательно, здѣсь дополнительный договоръ исходилъ отъ покупателя, и былъ заключенъ по его желанію, на что также указываетъ послѣдующее содержаніе текста.

(aa) L. 66 d e j u d. (5. 1), L. 83 § 1 d e V. O. (45. 1), L. 96 L. 172 § 1 d e R. J. (50. 17). — Срав. J. Gothofredus comm. in tit. de R. J., ad L. 96 cit.—Примѣръ и доказательство изложеннаго здѣсь правила мы находимъ въ clausul'ѣ, весьма употребительной при исковыхъ формулахъ: qua de re a g i t u r.

Нормальное послѣдствіе договора основано на изложенной выше противоположности между исковыми и неисковыми обязательствами,—противоположности, имѣющей важнѣйшее и полнѣйшее приложеніе именно къ договорамъ, какъ источникамъ или civilis или только naturalis obligatio (a), и связанной съ указаннымъ уже дѣленіемъ договоровъ на legitimae и juris gentium conventiones (a[1]).

Сущность ученія, въ томъ видѣ, какъ оно развилось у римскихъ юристовъ и сохранилось въ основныхъ чертахъ до юстиніановскаго законодательства, сводится къ слѣдующимъ принципамъ (b).

Legitimae conventiones, особенность которыхъ есть чисто цивильное происхожденіе, и, слѣдовательно неизвѣстное j. gentium, уже по природѣ своей, представляютъ высшую степень дѣйствительности, какую только могло сообщить имъ jus civile, — т. е. онѣ исковые договоры и суть источники происхожденія civilis obligatio.

Всѣ эти договоры носятъ на себѣ особый отпечатокъ, по которому легко распознаются и различаются отъ другихъ договоровъ.

Существо ихъ въ отличіе отъ послѣднихъ состоитъ не въ особенномъ содержаніи или цѣли, но въ характеристической формѣ выраженія воли, формѣ, согласимой съ самымъ разнообразнымъ содержаніемъ и сообщающей самымъ произвольнымъ постановленіямъ договора высшую дѣйствительность (исковое свойство). Природа этихъ договоровъ лучше всего характеризуется выраженіемъ формальные, въ противоположность неформальнымъ, сущность и дѣйствитель-

---

(a) см. выше § 7.

(a[1]) Срав. выше § 52. Здѣсь кстати замѣтить, что это подраздѣленіе договоровъ относится къ ихъ происхожденію и связанному съ нимъ существу договора; въ этомъ именно смыслѣ стипуляція должна быть названа legitima conventio; въ другомъ смыслѣ, именно съ точки зрѣнія личной правоспособности совершать стипуляцію,—послѣдняя весьма рано стала juris gentium (§ 52 d[1]).

(b) Срав. Puchta Pondecten. § 250 и Vorlesungen § 250.

ность которыхъ заключается не въ формѣ (а въ самомъ содержаніи) акта (c).

Указанная форма находилась впрочемъ въ связи съ общепризнанными національными правами и учрежденіями и, слѣдовательно, основывалась не на произвольномъ предписаніи какихъ-либо положительныхъ законовъ, изданныхъ для предотвращенія возможныхъ злоупотребленій (d); и поэтому была частью общаго народнаго сознанія всѣхъ Римлянъ, вступавшихъ въ имущественныя сдѣлки, а не произведеніемъ корпораціи юристовъ.

Но какъ вообще воля можетъ выражаться и словесно, и письменно, то и эти договоры представляются въ двоякой формѣ: verborum obligatio и literarum obligatio.

Отличную отъ legitimae conventiones природу имѣютъ juris gentium conventiones. Правда, что и съ ними связывается понятіе о полной дѣйствительности (исковое свойство); но при нихъ она не разумѣется сама собою, а привходитъ извнѣ. Такая внѣшняя прибавка, или подкрѣпленіе, въ которомъ онѣ нуждаются, называется causa.

Въ изложеніи ученія я точно слѣдовалъ идеямъ Ульпіана (e); вотъ его рѣшительныя слова:

pr. „Juris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones.“

(c) См. выше § 52 q. и System т. 3 § 130.

(d) Подобныя предписанія часто встрѣчаются въ нашихъ нынѣшнихъ законодательствахъ отдѣльныхъ странъ. Но они были не чужды и Римлянамъ. Такова необходимая судебная инсинуація дареній, превышающихъ 500 солидовъ. L. 36. C. de don. (8. 54); таковаже мировая сдѣлка объ алиментахъ, предоставленныхъ послѣднею волею,—сдѣлка, эта должна была заключаться съ согласія претора. L. 8 de transact. (2, 15).—На внутреннее различіе обоихъ видовъ положительныхъ формъ договоровъ справедливо указалъ Puchta loc. cit.

(e) L. 7 pr. § 1. 2. 4 de pactis (2. 14).—Для объясненія и доказательства служатъ слѣдующія параллельные тексты. L. 45 eod. „Divisionis placitum ...ad actionem, ut nudum pactum, nulli prodesse poterit“.—L. 15 de praescr. verb. (19. 5)... „Etquidem conventio ista non est nuda...sed habet in se negotium aliquod“.—L. 21, 28 C. de pactis (2. 3).

§ 1. „Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emtio, venditio.“

§ 2. „Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa: eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem.“ . . .

§ 4. „Sed cum nulla subest causa praeter (f) conventionem, hic constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.“

Слѣдуя терминологіи приведеннаго текста, я дѣлю juris gentium conventiones на два класса: contractus, исковыя, и pacta (nuda pacta), лишенныя иска, и имѣющія только эксцепцію. Я не войду пока въ точнѣйшее установленіе послѣдней терминологіи. Съ этой точки зрѣнія указанное дѣленіе и связанная съ нимъ терминологія ни мало не соприкасаются съ legitimae conventiones; послѣднія лежатъ внѣ указанной идеи Ульпіана.

Впрочемъ, можно избрать болѣе общую точку зрѣнія, отправиться отъ абстрактнаго понятія договора вообще и затѣмъ сгруппировать всѣ виды исковыхъ договоровъ.—Ихъ четыре: re, verbis, literis, consensu. Эта точка зрѣнія самая удобная для обзора практической системы права; вотъ почему мы находимъ ее у Гая и въ Институціяхъ Юстиніана (g).

Здѣсь совершенно игнорируется различіе между legitimae и juris gentium conventiones: оба класса смѣшаны вмѣстѣ.

Попытаюсь теперь изложить въ подробности ученіе по идеѣ Ульпіана.

Причиною, causa, въ силу которой соглашеніе выходитъ изъ

(f) По нѣкоторымъ внутреннимъ основаніямъ, Галоандерово чтеніе praeter слѣдуетъ предпочесть флорентинскому propter. Въ самомъ дѣлѣ, смыслъ таковъ: если нѣтъ ничего кромѣ чистаго понятія conventio, т. е. когда къ нему не присоединяется causa (cum nulla subest causa praeter conventionem). Это только другой способъ выраженія nuda pactio. О различіи мнѣній ученыхъ объ этомъ способѣ чтенія срав. Schulting notae in Dig. T. 1 p. 330.

(g) Gajus Lib. 3 § 89 Inst. L. 3 тит. 12. Puchta loc. cit, безъ всякихъ предварительныхъ замѣчаній, прямо усвоиваетъ эту точку зрѣнія.

разряда простыхъ pacta и переходитъ въ разрядъ contractus, становясь такимъ образомъ способнымъ произвести civilis obligatio (искъ), можетъ быть res или consensus.

Re contracta obligatio есть договоръ, заключаемый путемъ первоначальной передачи вещи и въ силу котораго получатель обязывается возвратить полученное. Благодаря отчасти различнымъ свойствамъ самихъ предметовъ, отчасти цѣли передачи и полученія, въ этомъ классѣ образуются слѣдующіе четыре случая:

1. Mutui datio—состоитъ въ передачѣ извѣстнаго квантитета потребляемой вещи съ переносомъ права собственности и въ обязательствѣ возвратить тотъ же квантитетъ однородныхъ, но не тѣхъ же самыхъ единицъ (h).

2. Commodatum—отдача въ пользованіе извѣстной вещи подъ условіемъ возвратить ту же вещь.

3. Depositum.

4. Pignus. Оба послѣдніе случая имѣютъ съ commodatum общія черты: передачу, какъ условіе исковаго договора, и обязанность—возвратить ту же самую вещь. Отличаются же они цѣлью передачи и принятія вещи; при commodatum—цѣль—пользованіе полученною вещью; при depositum—сохраненіе ея въ интересахъ отдавшаго; при pignus—обезпеченіе, представляемое принимателю, въ исполненіи другаго обязательства.

Consensu contracta obligatio есть договоръ, имѣющій исковую силу уже благодаря своему содержанію, независимо отъ какой-бы то ни было привходящей извнѣ causa. Къ этому клас-

---

(h) Gajus Lib. 3 § 90 упоминаетъ только объ одномъ этомъ случаѣ и то въ видѣ примѣра („velut mutui datione"), а не въ формѣ отрицанія или сомнѣнія относительно трехъ другихъ случаевъ. Ульпіанъ (L. 7 § 1 de pactis), напротивъ, неупоминаетъ о немъ, а также и о pignus; но и онъ приводитъ только примѣры. Титулъ институцій—quibus modis re (III. 14) вполнѣ перечисляетъ всѣ четыре случая.—Сверхъ того, нужно имѣть въ виду, что Гай классифицируетъ здѣсь обязательства не столько по источникамъ ихъ происхожденія, сколько по вытекающимъ изъ нихъ искамъ. Вотъ почему онъ исключаетъ изъ res, verba и literae только случаи кондикцій, причисляя къ послѣднимъ cond. indebiti. Но изъ этого еще не слѣдуетъ, что бы точка зрѣнія, лежащая въ основаніи классификаціи институцій, не была въ ходу уже и у древнихъ юристовъ.

су принадлежатъ четыре случая, искони признаваемые jus civile, и потому представляющіеся, при сопоставленіи съ вышеупомянутымъ принципомъ необходимости causae, случаями привиллегированными, или исключеніями изъ принципа. Вотъ эти договоры (i):

1. Emptio, venditio.
2. Locatio, condutcio.
3. Societas.
4. Mandatum.

Съ обзоромъ всѣхъ изложенныхъ исковыхъ договоровъ естественно связывается вопросъ: которые изъ нихъ защищаются посредствомъ stricti juris actiones (condictiones), и которые посредствомъ bonae fidei actiones. Въ этомъ отношеніи я напомню результаты изслѣдованія, предложеннаго мною въ другомъ мѣстѣ.

Всѣ legitimae conventiones сопровождаются кондикціями (k).

Почти всѣ juris gentium conventiones, на сколько онѣ вообще принадлежатъ къ исковымъ, влекутъ за собою bonae fidei actiones (l), за исключеніемъ одного только займа, который по особенному своему характеру неизбѣжно ведетъ къ кондикціи (m).

Перечисленные нами 8 видовъ juris gentium conventiones нельзя понимать въ томъ смыслѣ, что всѣ другіе договоры непремѣнно будутъ неисковыми. Подобный взглядъ былъ бы вполнѣ неосновательнъ.—Придать тому или другому договору оболочку формальнаго договора (legitima conventio)—всегда зависѣло отъ произвола сторонъ, вслѣдствіе чего договоръ самъ собою становился исковымъ и ему давалось stricti juris actio. Весь смыслъ перечисленія состоитъ въ томъ, что въ указанныхъ восьми случаяхъ такая оболочка не составляла необходимости. И безъ нея договоры эти, въ качествѣ неформальныхъ, считались исковыми,—хотя и здѣсь отъ желанія сторонъ

(i) L. 2 pr. § 1 de O. et A. (44. 7), Gajus Lib. 3 § 135, pr. § 1 J. de obl. quae ex cons. (3. 22).

(k) System т. 5 приложеніе XIII. Num. XI приложеніе XIV. Num. IX. X.

(l) System т. 5 прил. XIII. Num. XII.

(m) System. т. 5. Прилож. XIV Num. IV. V.

завись̀ло облечь ихъ въ форму любой legitima conventio: тогда вся сдѣлка регулировалась уже юридической природой послѣдней. Разсмотримъ этотъ процессъ подробнѣе.

Когда одновременно съ займомъ заключалась стипуляція, то въ результатѣ получались не два независимыя, съ особыми послѣдствіями, обязательства, а только одно—стипуляція, какъ единственный дѣйствительный договоръ (n). Но если стипуляція, вслѣдствіе какой либо неформальности, становилась недѣйствительною, то заемъ сохраняетъ полную силу (o). Этотъ случай нужно строго отличать отъ прекращенія какого-либо обязательства въ силу послѣдующей стипуляціи, т. е. новаціи (p).— Такимъ же образомъ и другіе договоры могутъ быть облечены въ форму стипуляціи, напр. купля, товарищество, или наемъ, съ тѣмъ только различіемъ, что они, будучи по существу своему двусторонними, не могутъ вполнѣ переходить въ одну стипуляцію, какъ заемъ (q) и для выраженія двусторонних̀ интересовъ необходимы были двѣ одновременныя стипуляціи.

§ 73.

I. Договоръ. Д. Послѣдствіе. — Нормальное послѣдствіе. (Продолженіе).

Представленная система исковыхъ договоровъ можетъ считаться полнымъ изложеніемъ содержанія древняго jus civile,— слѣдовательно юридическимъ матеріаломъ, составлявшимъ не результатъ научной дѣятельности древнихъ юристовъ, а на-

---

(n) L. 6 § 1 de nov. (46. 2) „unus contràctus est“. L. 126 § 2 de V. O. (45. 1), „nam quotiens pecuniam mutuam dantes, eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum“. Въ этомъ смыслѣ слѣдуетъ объяснять наиболѣе темные тексты. L. 9 § 4 de R. C. (12. 1), L. 52 pr. § 3 de O. et A. (44. 7). Срав. Savigny vermischte Schriften т. 1 стр. 259.

(o) L. 9 § 4—7 L. 26 de R. C. (12. 1). L. 3 C. de contr. et comm. stip. (8. 38).

(p) L. 7 de nov. (46. 2).

(q) L. 3 de resc. vend. (18. 5), L. 3 § 1 de act. emti.

противъ ея основаніе. Систему эту необходимо дополнить нѣкоторыми историческими соображеніями.

A. Verborum obligatio.

Общая и обыкновенная форма такого договора первоначально состояла изъ соединенія двухъ различныхъ юридическихъ сдѣлокъ: a) nexum, символическое взвѣшиваніе наличныхъ денегъ, понимаемое какъ заемъ и b) устный вопросъ и согласный съ нимъ устный отвѣтъ. Nexum рано было отмѣнено по lex Poetelia; уцѣлѣли только вопросъ и отвѣтъ, сохранившіеся до эпохи Юстиніана подъ именемъ stipulatio, какъ употребительнѣйшая и любимѣйшая форма договорныхъ сдѣлокъ у Римлянъ (a).

Въ дѣйствующемъ римскомъ правѣ стипуляціи, въ смыслѣ особаго договора, болѣе не существуетъ, а потому и необходимо здѣсь же сдѣлать очеркъ ея историческаго развитія. Для примѣненія стипуляціи мало-по-малу выработались слѣдующія облегченія:

1. Вмѣсто первоначальнаго выраженія вопроса и отвѣта только на латинскомъ языкѣ, впослѣдствіи дозволялось употреблять иностранные языки и даже различные для вопроса и отвѣта (b). Это измѣненіе идетъ рука объ руку съ допущеніемъ къ стипуляціи и перегриновъ (c).

2. Первоначально требовалось согласіе въ словахъ вопроса и отвѣта. Впослѣдствіи, для законности и дѣйствительности стипуляціи, стало необходимымъ только согласіе не въ словахъ, а въ смыслѣ и содержаніи рѣчи (d).

Многіе считаютъ указанныя перемѣны результатомъ закона императора Льва (e), но неправильно. Послѣдній законъ толь-

---

(19. 1). Срав. Pfordten Abhandlungen стр. 239. 249.—L. 71 pr. pro soc. (17. 2), L. 89 de V. O. (45. 1).

(a) Подробное изслѣдованіе этихъ принциповъ можно найти въ слѣдующихъ мѣстахъ: System т. 5 прилож. XIV. Num. X, п: Savigny vermischte Schriften т. 2 Num XIX стр. 402—425.

(b) § 1 J. de V. O. (3. 15), L. 1 § 6 de V. O. (45. 1).

(c) § См. выше § 6 примѣч. f. g.

(d) L. 1 § 2 L. 65 § 1 L. 136 pr. de V. O. (45. 1).

(e) L. 10 C. de contr. et comm. stip. (8. 38). Срав. § 1 J. de V. O. (3. 15).

ко случайно говоритъ объ этихъ измѣненіяхъ, которыя были вызваны гораздо раньше практическою необходимостью и признаны древними юристами.

Было бы еще несправедливѣе и неосновательнѣе думать, что вслѣдствіе всѣхъ происшедшихъ измѣненій стипуляція перестала быть формальнымъ чисто-положительнымъ договоромъ. На самомъ дѣлѣ требованіе личнаго присутствія обѣихъ сторонъ, сопровождаемаго устными вопросами и отвѣтами, никогда не прекращалось (f); то же слѣдуетъ сказать о необходимости совершить актъ въ сплошной промежутокъ времени, т. е. не прерывая его постороннею сдѣлкою (g).

3. Наконецъ, послѣднее облегченіе состояло въ слѣдующемъ: письменный документъ, свидѣтельствующій о заключеній стипуляціи, велъ за собою строгое предположеніе о точномъ соблюденіи стипуляціонной формы, которое можно было устранить только неопровержимымъ доказательствомъ противнаго (напр. отсутствіемъ одной стороны) (h). Отсюда подобному документу въ большинствѣ случаевъ на дѣлѣ приписывалась полная сила стипуляціи, слѣдовательно, въ практикѣ онъ замѣнялъ ее до нѣкоторой степени.

Къ общей формѣ verborum obligatio, весьма важной въ римскомъ правѣ, примыкаютъ еще двѣ спеціальныя, относящіяся къ отдѣльнымъ юридическимъ сдѣлкамъ: dotis dictio и operarum promissio со стороны вольноотпущеннаго (i).

(f) § 12 J. de inut stip. (3. 19).

(g) L. 12 pr. de duob. reis (45. 2), L. 137 pr. de V. O. (45. 2).—„Continuus actus stipulantis et promittentis esse debet: ut tamen aliquod momentum naturae intervenire possit: et cominus responderi stipulanti oportet. Ceterum si post interrogationem aliud occeperit, nihil proderit, quamvis eadem die spopondisset“.—Вмѣсто occeperit, по Флорентинскому чтенію, acceperit—безсмыслица. Слѣдовательно, occeperit есть поправка, но самая невинная. Вульгата читаетъ agere coeperit; смыслъ удовлетворительный, но сильно отличающійся отъ смысла Флорентины. Срав Donnellus in tit. de V. O. на L. 1 § 1 и Bynkershoek. obss. Lib. 2 C. 23.

(h) § 17 J. de V. O. (3. 15), § 8 J. de fidejuss. (3. 20), L. 30 L. 134 § 2 de V. O. (45. 1), L. 14 C. de contr. et comm. stip. (8. 38). Срав. Paulus V. 7 § 2.

(i) Срав. вестготскаго Гая II. 9 § 3. 4. Dig. Lib. 38 Tit 1.—

B. Literarum obligatio.

Въ основаніи ея лежалъ національный обычай, въ силу котораго каждый римскій гражданинъ долженъ былъ вести и велъ общіе домовые реестры по всѣмъ денежнымъ сдѣлкамъ. Съ перемѣною обычаевъ исчезъ и этотъ договоръ и если по институціямъ Юстиніана literarum obligatio причисляется, повидимому, къ числу употребительнѣйшихъ договорныхъ формъ,— то это не болѣе какъ произвольное распространеніе древняго названія на юридическій институтъ, имѣющій въ сущности совершенно иной характеръ (k).

C. Re contracta obligatio.

Въ древней первоначальной системѣ это обязательство ограничивалось четырьмя отдѣльными случаями, имѣвшими, впрочемъ, слѣдующій общій признакъ.—Обязательство должника возвратить вещь обусловливалось первоначальною передачею ея со стороны кредитора. При такомъ положеніи дѣла, естественно было возвести указанный признакъ въ отвлеченный принципъ, въ силу котораго всѣ однородные или даже подобные случаи считались самостоятельными контрактами, защищаемыми цивильнымъ искомъ.

Въ самомъ дѣлѣ, подобное правило и было введено доктриною древнихъ юристовъ и даже въ такомъ видѣ, что упомянутый признакъ понимался въ формѣ нѣсколько обобщенной и неограничивался только простымъ возвращеніемъ вещи, но распространялся даже на новую передачу (l). Сверхъ того первоначальное удовлетвореніе кредитора, какъ и послѣдующее удовлетвореніе должника (предметъ договорнаго иска) могло

Вѣроятно, въ настоящемъ манускриптѣ Гая недостаетъ соотвѣтвѣтствующихъ мѣстъ. Даже въ древнемъ правѣ эти спеціальныя формы не имѣли важнаго значенія, потому что считалось вполнѣ законнымъ въ тѣхъ же самыхъ случаяхъ употреблять общую форму стипуляціи.

(k) Срав. Savigny, vermischte Schriften т. 1 Num IX.—L. 1 § 1 de O. et A (44. 7) говоритъ: „Obligationes ex contractu, aut re contrahuntur, aut verbis, aut consensu“. Здѣсь четвертый случай: aut literis выпущенъ, благодаря измѣненіямъ въ истинномъ духѣ юстиніановскаго права.

(l) Такъ при мнѣ.

состоять не только въ передачѣ чего-либо (dare), но и въ обязанности что-либо сдѣлать (facere). Такимъ образомъ въ этой вновь введенной re contracta obligatio получилось четыре класса.

Do ut des.
Do ut facias.
Facio ut des.
Facio ut facias.

Принципы эти, во всей ихъ общности, признаны нашими источниками. Но весьма возможно и даже вѣроятно, что такой общности они достигли только мало-по-малу и послѣ многихъ контроверзъ (m).

Многіе изъ новѣйшихъ юристовъ называютъ разсмотрѣнные договоры—contractus innominati; но такого названія въ источникахъ не встрѣчается (n).

Для понудительнаго исполненія этихъ договоровъ нѣтъ отдѣльныхъ исковъ, примѣняющихся въ каждомъ частномъ случаѣ (каковы напр. actio commodati, depositi и проч.); есть одинъ только искъ, охватывающій всѣ случаи, подъ именемъ actio praescriptis verbis или in factum civilis.

Такого рода договоры съ сейчасъ упомянутымъ искомъ допускались однако же только, когда не имѣлось по первоначальной системѣ никакого другаго иска. Напр., исполненіе продажи или найма одною стороною никогда не сопровождалось переходомъ этихъ договоровъ въ новый видъ, защищаемый посредствомъ actio praescriptis verbis. Въ томъ не было никакой надобности,—такъ какъ договоры эти сохраняли свою первоначальную природу и свойственные имъ иски: actio emti, locati и т. д.—Actio praescriptis verbis имѣла мѣсто только въ тѣхъ случаяхъ, когда существованіе контракта было несомнѣнно, а между тѣмъ самая сдѣлка, примыкая къ двумъ контрактамъ,

---

(m) Самыя общія указанія находятся въ L. 7 § 2 de pactis (2. 14) и L. 5 de praescr. verb. (19. 5).— Срав. также: System т. 5 § 217. примѣч. u. и прилож. XIII Num. XII примѣч. f.

(n) Названіе contractus incertus встрѣчается въ L. 9 de reb. cred. (12. 1); но нельзя утверждать, однако, чтобы оно прямо относилось къ упомянутымъ случаямъ. Въ L. 1 § 6 de pec. const. (13. 5) contractus incerti означаетъ договоръ (въ особенности стипуляцію), имѣющій предметомъ incerta quantitas.

являлась, по природѣ своей, неопредѣленной, когда, слѣдовательно, представлялась необходимость устранить такимъ путемъ неважное съ практической стороны сомнѣніе (o).

D. Consensu contracta obligatio.

Сущность этого обязательства состояла въ томъ, что въ нѣкоторыхъ частныхъ случаяхъ простой неформальный договоръ самъ по себѣ становился исковымъ (§ 72. i). Это было исключеніемъ изъ древняго принципа и допускалось, по древней системѣ, въ четырехъ спеціальныхъ случаяхъ,—съ теченіемъ же времени исключеніе это распространилось еще на слѣдующіе:

1. Совершенно особый договоръ эмфитевзиса. Долго спорили не о томъ, принадлежитъ-ли эмфитевзисъ къ исковымъ контрактамъ (что было несомнѣнно), но о томъ: есть-ли это договоръ продажи или аренды? Споръ рѣшился закономъ императора Зенона въ томъ смыслѣ, что онъ не купля и не аренда, а долженъ считаться особымъ контрактомъ, занимающимъ средину между ними (p).

2. Болѣе общій характеръ представляютъ слѣдующія распространенія. — Они относятся прежде всего къ pacta adjecta. — Когда къ контракту bonae fidei, въ моментъ его заключенія (incontinenti) присоединялись дополнительныя обязательства, чуждыя содержанію договора, то тѣмъ не менѣе и они защищались договорнымъ искомъ (q).

3. Нѣкоторые случаи неформальныхъ договоровъ были объявлены исковыми преторскимъ эдиктомъ.—Къ этой категоріи относится обѣщаніе рѣшить тяжбу между двумя посторонними лицами въ качествѣ третейскаго судьи (r); далѣе: обязанность

(o) L. 1 pr. de aestim. (19. 3), L. 1 § 1 de praescr. verb. (19. 5).

(p) L. 1 C. de j. emph. (4. 66) ...„hoc jus tertium esse constituimus, ...et justum esse validumque contractum“...—§ 3 J. de loc. (3. 24) „...lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractus proprium statuit naturam“...

(q) L. 7 § 5. 6 de pactis (2. 14), L. 13 C. eod. (2. 3), L. 27 de R. J. (50. 17). — Подобное же распространеніе принципа на pacta adjecta, хотя и другимъ путемъ, встрѣчается при стипуляціи и многихъ другихъ контрактахъ stricti juris. Срав. System т. 6 § 268.

(r) L. 3 § 1 L. 15 L. 32 § 12 de receptis (4. 8). — Впро-

хозяевъ, извощиковъ и корабельщиковъ отвѣтствовать за ввѣренныя имъ вещи (s);—наконецъ, самый общій и важный случай—неформальное обѣщаніе отвѣчать по какому либо долгу, своему или чужому, хотя бы онъ до того времени былъ неисковымъ (constitutum) (t) Новые ученые называютъ эти договоры pacta praetoria. (u)

4. Другіе случаи неформальныхъ договоровъ были объявлены исковыми вслѣдствіе императорскихъ конституцій. Новѣйшіе юристы неправильно называютъ ихъ pacta legitima (§ 52. i).—Сюда относится неформальное обѣщаніе совершить даръ (v);—далѣе, неформальное обѣщаніе приданаго. (w)

Такимъ образомъ послѣдніе разряды упомянутыхъ договоровъ имѣли характеръ древнихъ consensu contractae obligationes, представляя простое расширеніе понятія послѣднихъ. Если наши источники не относятъ ихъ къ этой категоріи и не называютъ однимъ именемъ, то это объясняется просто тѣмъ, что они не принадлежали къ системѣ древняго jus civile, а обязаны своимъ существованіемъ позднѣйшему праву и другимъ источникамъ (x).

чемъ, выраженія этихъ текстовъ все-таки составляютъ сомнѣніе въ томъ, шла ли здѣсь рѣчь объ искѣ въ собственномъ смыслѣ (въ jus ordinarium), или же о преторскомъ принужденіи extra ordinem, напр. посредствомъ mulcta. L. 32 cit.

(s) Dig. Lib. 4 tit. 9.

(t) Dig. Lib. 13 tit. 5. Практическое значеніе constitutum, сравнительно съ стипуляціей состояло въ томъ, что онъ былъ возможенъ и между отвѣтствующими въ формѣ векселя,—слѣдовательно, служилъ къ облегченію торговыхъ сношеній между Римомъ и Италіей.

(u) Многіе несправедливо относятъ сюда такъ назыв. pactum hypothecae. Хотя изъ неформальнаго договора о гипотекѣ и возникаетъ in rem actio, имѣющая предметомъ закладъ (hypothecaria actio), L. 4 L. 23 § 1 de pign. (20. 1); но здѣсь нѣтъ иска противъ какого-либо лица.

(v) L. 35. § 5. C. de don. (8. 54) въ связи съ L. 36 § 3 C. eod.—§ 2 J. de don. (2. 7), Nov. 162 C. 1 Срав. System т. 4 § 157. e. f.

(w) L. 6 C. de dotis promiss. (5. 11).

(x) Это были pacta, а не contractus. Но такъ какъ ихъ нельзя было назвать nuda pacta, потому что они имѣли иски, то придумали для нихъ другое неудачное выраженіе—vestita pacta. Это названіе находится въ глоссѣ Igitur къ L. 7 § 4 de pactis (2. 14).

Для дополненія нашихъ соображеній объ историческомъ развитіи договоровъ, необходимо еще установить терминологію источниковъ. — Мы уже замѣтили вообще, что въ системѣ древняго цивильнаго права contractus означалъ исковой договоръ, pactum — неисковой (§ 72). Исковымъ же, съ точки зрѣнія этой системы, могъ называться только такой договоръ, который защищался искомъ древняго цивильнаго права.

Однако же историческое развитіе, какъ мы указали, привело къ тому, что съ теченіемъ времени и независимо отъ древняго гражданскаго права еще нѣкоторые договоры, кромѣ древнихъ contractus, сдѣлались исковыми. Обстоятельство это не измѣнило древней терминологіи и границы между contractus и pactum оставались все тѣ же самыя, но болѣе уже нельзя было означать словомъ pactum вообще неисковые договоры. Многіе pacta и самые важные стали на дѣлѣ исковыми и имъ не доставало только коллективнаго названія, такъ что съ этого времени древніе термины являются уже неполными и неудовлетворительными (y).

Въ заключеніе намъ остается еще упомянуть о нѣкоторыхъ уклоненіяхъ отъ господствующей терминологіи, встрѣчающихся въ разныхъ текстахъ древнихъ юристовъ, но не получившихъ общаго признанія.

Такъ во многихъ текстахъ выраженіе contractus вообще употребляется для указанія источника происхожденія обязательствъ, даже не исключая и деликта (z). — Въ другихъ текстахъ это широкое значеніе нѣсколько сужено: contractus обозначаетъ только юридическія сдѣлки, т. е. контракты и quasi—контракты, но не деликтъ (aa).

(y) Дѣленіе pacta на nuda и vestita было вызвано желаніемъ пополнить этотъ пробѣлъ (прим. x).

(z) L. 52 de re jud. (42. 1). „... ex male contractu et delicto oritur".—L. 9 pr. de duob. reis (45. 2) „...sed et ceteris contractibus, veluti emtione, venditione...commodato, testamento"...— L. 20 de jud. (5. 1).—L. 15 de don. (39. 5).—L. 22 de accus. (48. 2).

(aa) L. 16 de neg. gest. (3. 5).—L. 23. de R. J. (50. 17).— Gajus Lib. 3 § 88.

Въ нѣкоторыхъ текстахъ contractus имѣетъ, напротивъ, значеніе болѣе узкое сравнительно съ господствующей терминологіей; подъ нимъ разумѣютъ только bonae fidei contractus, за исключеніемъ стипуляціи и займа (bb).

Наконецъ въ одномъ текстѣ это выраженіе имѣетъ еще болѣе узкое значеніе и обнимаетъ только consensu contractae obligationes (cc).

Мы коснулись перечисленныхъ уклоненій только для полноты, такъ какъ они не имѣли вліянія ни на систему вообще, ни на отдѣльныя практическія правила.

§ 74.

I. Договоръ. D. Нормальныя послѣдствія (Продолженіе).

До сихъ поръ мы излагали систему договоровъ въ томъ видѣ, какъ она представляется въ послѣднемъ періодѣ древняго цивильнаго права (§ 72). Тогда договоры были частью исковыми, частью неисковыми; одни изъ нихъ были вполнѣ дѣйствительны, другіе—недѣйствительны.— Наконецъ изслѣдованіе было дополнено указаніемъ на историческое развитіе главнѣйшихъ моментовъ системы (§ 73).

Но изложеніе ученія осталось-бы неполнымъ и неудовлетворительнымъ, если бы къ упомянутому различію, къ которому все здѣсь сводится, не было прибавлено изслѣдованія, до сихъ поръ не затронутаго,—именно объ основаніи и значеніи этого различія. И такъ мы должны отвѣтить еще на одинъ вопросъ: на какомъ основаніи одни договоры были исковыми, другіе— неисковыми, тогда какъ понятіе договора, составляющее ихъ

(bb) L. 31 depos. (16. 3).—L. 4 C. de O. et A. (4. 10).

(cc) L. 19 de V. S. (50. 16). Этотъ текстъ относится къ ученію объ in integrum restitutio. Въ немъ встрѣчаются выраженія: actum, gestum, contractum, которыя должны быть объяснены этимъ ученіемъ. Срав. L. 1 quod metus (4. 2), L. 2 § 1 de cap. min. (4. 5), связанныя по заголовку съ предъидущимъ текстомъ.

общую сущность, равно примѣняется и къ тѣмъ и къ другимъ?

Это изслѣдованіе имѣетъ большую важность и сопряжено съ особыми затрудненіями. Для упрощенія и облегченія его, мы, признавая историческое развитіе оконченнымъ, станемъ прямо на точку зрѣнія юстиніановскаго права. Для той же цѣли сдѣлаемъ еще шагъ и съ помощью произвольной абстракціи предположимъ такое практическое состояніе права, которое никогда не имѣло мѣста въ римской исторіи. Вообразимъ, что вообще существуетъ только два рода договоровъ. формальный (стипуляція), исковой, и неформальный (nudum pactum), неисковой, который, однакожь, по произволу сторонъ, можетъ быть обращенъ въ исковой и вполнѣ дѣйствительный. Становясь на такую произвольную точку зрѣнія, мы пока игнорируемъ существованіе re и consensu contractae obligationes, которыя уже въ древнемъ цивильномъ правѣ имѣли огромное значеніе и считались несомнѣнно исковыми.— Все, игнорируемое на время, мы однако не оставимъ совершенно въ забвеніи и не замедлимъ отвести ему надлежащее мѣсто при первой же возможности.

Съ произвольно избранной точки зрѣнія мы ставимъ вопросъ: въ чемъ таится преимущество стипуляціи предъ простымъ pactum, обусловливающее ея исковое свойство, котораго послѣдній не имѣетъ, хотя оба договора, по общему свойству, одинаковы (a).

Разсматривая со вниманіемъ историческое происхожденіе отдѣльнаго договора и сравнивая его первоначальную идею съ окончательнымъ ея развитіемъ, мы находимъ, между обоими фазами, цѣлый рядъ неопредѣленныхъ, сбивчивыхъ моментовъ.

Судья, призванный обсудить извѣстный договоръ, долженъ признать его дѣйствительнымъ (исковымъ) только въ полной и законченной формѣ, и такъ какъ эту фазу развитія легко

(a) Этотъ вопросъ былъ уже разсмотрѣнъ выше, въ общемъ ученіи о выраженіи воли, по отношенію къ которому договоръ является частнымъ и важнѣйшимъ примѣненіемъ тѣхъ же началъ. Срав. System т. 3 § 130 стр. 238.—Здѣсь слѣдуетъ возобновить вопросъ и разрѣшить его подробнѣе.

смѣшать съ посредствующими, — то, очевидно, что судья можетъ впасть въ сомнѣніе и недоумѣнія. Отсюда понятно великое преимущество для непоколебимости юридическихъ отношеній тѣхъ несомнѣнныхъ признаковъ, по которымъ можно было бы отличать окончательную форму развитія отъ приготовительныхъ и временныхъ фазъ. Это-то преимущество и представляетъ намъ примѣненіе формальнаго договора, т. е., съ усвоенной нами точки зрѣнія, примѣненіе римской стипуляціи сравнительно съ простымъ pactum. Въ случаѣ стипуляціи судья могъ съ увѣренностью признать окончательную форму развитія, т. е. истинный договоръ со всѣми его послѣдствіями.

Съ этимъ соображеніемъ связано другое, родственное ему. Въ интересахъ содѣйствія юридическому обороту желательно, чтобы договоры заключались не опрометчиво, а съ благоразумiемъ и съ полнымъ сознаніемъ послѣдствій. Природа формальнаго договора (напр. римской стипуляціи) именно и побуждаетъ къ благоразумію, слѣдовательно ведетъ къ желаемой цѣли (b).

И такъ, формальный договоръ имѣетъ двоякое преимущество: во 1-хъ, производитъ болѣе вѣрное разграниченіе законченныхъ формъ, т. е. истиннаго договора, отъ временныхъ его фазъ, и во 2-хъ пробуждаетъ въ сторонахъ благоразуміе. Первому преимуществу мы можемъ приписать объективное свойство, второму субъективное.

Было бы ошибочно предполагать, будто какой-либо мудрый законодатель, взвѣсивъ указанные взгляды придумалъ формальный договоръ и ввелъ его законодательнымъ путемъ. Процессъ этотъ совершился иначе (c) и если подобныя попытки и были,

---

(b) Указанное преимущество формальнаго договора ещe рѣже выступаетъ въ тѣхъ формахъ древнѣйшаго права, которыя, подобно nexi obligatio, имѣли символическій характеръ. Срав. System т. 3. стр. 238. Такова-же природа присяги: цѣль ея—пробудить въ присягающемъ глубокое и серьезное сознаніе религіознаго значенія этого акта. Срав. также юмористическое воспоминаніе Moser'a: и такъ, слѣдовало бы опять ввести римскія стипуляціи (Patriotische Phantasien ч. 2. стр. 248. Berlin 1776 г.)

(c) Впрочемъ, подобныя произвольныя предписанія формъ для нѣкоторыхъ договоровъ встрѣчаются какъ въ новѣйшемъ римскомъ

то раскрытыя сейчасъ преимущества все-таки не возникали такимъ образомъ, или, по крайней мѣрѣ, не въ такой степени. Напротивъ, упомянутая юридическая форма основывалась на исконномъ народномъ обычаѣ и потому только могла служить вѣрнымъ признакомъ законченной идеи и побуждать къ благоразумію и серьезности, — что глубоко проникала въ народное сознаніе.

Во всемъ предыдущемъ изложеніи мы считали римскую стипуляцію представительницею формальнаго договора вообще, какъ будто оба понятія тождественны. На самомъ же дѣлѣ это, очевидно, не такъ; напротивъ обстоятельство, что Римляне въ теченіи вѣковъ сохраняли форму устнаго вопроса и отвѣта, какъ основаніе юридическихъ сдѣлокъ вообще,—слѣдуетъ считать чисто случайнымъ.—При разсмотрѣніи затѣмъ особенной природы стипуляціи возбуждается вопросъ: не связывались-ли съ нею еще какія-либо спеціальныя послѣдствія, клонившіяся къ поощренію оборота, и независимыя отъ указанныхъ нами общихъ преимуществъ формальнаго договора.

Эти спеціальныя послѣдствія открываются намъ съ двухъ сторонъ, такъ какъ стипуляція влечетъ за собою отчасти выгоды, отчасти невыгоды.

Особенная ея выгода состоитъ въ томъ, что при ней одновременность воль обѣихъ сторонъ вполнѣ несомнѣнна. Это обстоятельство устраняетъ многія и важныя недоразумѣнія, возникающія при другихъ формахъ договоровъ, то по поводу существованія обязательства, то по поводу болѣе или менѣе отдаленныхъ его послѣдствій (§ 71. f). Другую выгоду стипуляціи можно видѣть въ томъ, что ею ограничивалось вліяніе преторскаго произвола на веденіе процесса, такъ какъ содержаніе intentio должно было буквально соотвѣтствовать содержанію стипуляціонной формулы (d).

правѣ, такъ и теперь. Срав. § 72 примѣч. д; но они отличаются отъ первоначальныхъ формальныхъ договоровъ, какъ по своему происхожденію и цѣлямъ, такъ и потому, что способны произвести указанныя нами преимущества только отчасти и въ незначительной степени.

(d) Gajus IV. § 53 въ концѣ этого длиннаго текста.

Напротивъ, особенною невыгодою представляется то обстоятельство, что стипуляція могла быть заключена только лицами, находящимися одновременно въ извѣстномъ мѣстѣ; отсюда происходило множество затрудненій для широкихъ и оживленныхъ торговыхъ сношеній (e): явленіе, составлявшее неизбѣжное послѣдствіе римскаго права, возникшаго для нормированія отношеній жителей одного города. Исходомъ изъ такого положенія послужило введеніе и частое приложеніе конститута, дававшаго возможность лицамъ, живущимъ въ отдаленныхъ мѣстностяхъ вступать другъ съ другомъ при посредствѣ векселей въ исковые договоры (§ 73. t).

§ 75.

I. Договоръ. D. Нормальныя послѣдствія (Продолженіе).

Кто, убѣдившись изложенными соображеніями, согласится признать вмѣстѣ со мною важное практическое значеніе формальнаго договора,—тотъ можетъ легко впасть въ крайности, которыя необходимо имѣть въ виду.

Простой pactum, неформальный договоръ римскаго права, также ведетъ къ положительнымъ послѣдствіямъ (a), и въ его основаніи лежитъ существованіе настоящаго договора (b), который судья можетъ ошибочно смѣшать съ предварительными переговорами (§ 74) и обвинитъ несправедливо должника. Также могутъ подумать, будто простой pactum вмѣстѣ съ вытекающею изъ него naturalis obligatio находитъ гарантію отъ недоразумѣній только при посредствѣ формальнаго догово-

---

(e) Впрочемъ, стипуляція между отсутствующими становилась возможною при посредствѣ раба, отправляемаго стипуляторомъ къ своему контрагенту. Неудобство и дороговизна такого способа особенно при большомъ разстояніи очевидны.

(a) См. выше § 8. 9.

(b) L. 1. § 2 de pactis (2. 14): „Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus“.

ра,—и что противоположный принципъ римскаго права представляется простой непослѣдовательностью. — На это мы отвѣтимъ, что здѣсь вся разница въ степени.—Неисковой договоръ отличается отъ искового не только ограниченностью послѣдствій, но еще и тѣмъ, что дѣйствіе его поставлено въ зависимость отъ совершенно случайныхъ обстоятельствъ, тогда какъ дѣйствіе искового договора зависитъ вполнѣ отъ произвола вѣрителя. Вслѣдствіе этого, при простомъ pactum предусмотрительный должникъ всегда имѣетъ возможность оградить себя отъ всякаго ущерба и потому здѣсь можно было предоставить рѣшеніе свободному усмотрѣнію судьи.

Гораздо правдоподобнѣе становится упрекъ, въ непослѣдовательности по отношенію къ тѣмъ договорамъ, которые я съ цѣлью оставилъ въ сторонѣ для упрощенія изслѣдованія (§ 74) и къ разсмотрѣнію которыхъ перехожу теперь, именно—re и consensu contractae obligationes (§ 73). Всѣ они—исковые, а слѣдовательно также опасны для должника, какъ и стипуляція; при нихъ, какъ и при другихъ, возможно смѣшеніе истиннаго договора съ предварительными переговорами. Поэтому, съ нашей точки зрѣнія, они представляются чистыми исключеніями изъ правила, и при томъ неосновательными.

Единственнымъ средствомъ для провѣрки такого вывода—является разсмотрѣніе относящихся сюда случаевъ, къ чему я и приступаю.

Упрекъ въ непослѣдовательности легче всего устранить по отношенію къ четыремъ древнимъ реальнымъ контрактамъ (§ 73). При нихъ дѣйствительное намѣреніе сторонъ видно уже изъ простаго факта передачи и принятія и безъ какой бы то ни было формы выраженія воли; изъ этого факта вытекаетъ не только преднамѣренное, серьезное установленіе искового (вполнѣ дѣйствительнаго) обязательства вообще, но и содержаніе этого обязательства, направленнаго прямо на возвращеніе полученнаго и ни на что другое (c).—Впрочемъ, послѣднее основаніе

(c) Это въ особенности очевидно изъ сравненія займа или ссуды, какъ реальныхъ контрактовъ, съ простымъ pactum de mutuo или de commodato contrahendo, получающихъ исковую силу только при посредствѣ стипуляціи.

приложимо только къ четыремъ древнимъ контрактамъ этого класса, а не къ такъ называемымъ безъименнымъ, причисленіе которыхъ къ разряду неформальныхъ, но тѣмъ не менѣе исковыхъ договоровъ, не можетъ быть оправдано въ такой же степени, какъ причисленіе къ этому же разряду первыхъ. Въ самомъ дѣлѣ, напр. хотя при мѣнѣ, существованіе обязательства достаточно подтверждается первоначальною передачею и такимъ же полученіемъ, но природа и объемъ обратнаго удовлетворенія все-таки остаются неопредѣленными. Такимъ образомъ договоры эти представляются смѣшанными изъ res и consensus, и исковое ихъ свойство, при отсутствіи стипуляціи, могло возбуждать сомнѣніе. Отсюда также объясняется, почему исковое свойство ихъ было признано поздно, постепенно и нерѣшительно, при чемъ по аналогіи съ формальными контрактами (§ 73. l. m.) на построеніе иска имѣли преимущественное вліяніе передача и полученіе.

Гораздо сомнительнѣе оправданіе искового свойства консенсуальныхъ контрактовъ въ тѣхъ случаяхъ, когда они заключались неформально. Намъ необходимо разсмотрѣть этотъ предметъ подробнѣе.

Возьмемъ сначала продажу и наемъ, два несомнѣнно родственные договора (d). Оба имѣютъ то общее свойство, что неизбѣжны для ежедневнаго, даже ежечаснаго оборота, облекаясь въ разнообразныя формы различнаго объема и значенія. — Такая особенность требовала устраненія всякой неудобной формы, затрудняющей и стѣсняющей оборотъ, и по той же причинѣ въ ней не представлялось даже никакой надобности. Съ другой стороны каждый изъ насъ чувствуетъ почти постоянную и неумолкаемую потребность вступать въ подобные договоры и долженъ давать себѣ отчетъ въ ихъ послѣдствіяхъ, а потому въ особенной природѣ такихъ договоровъ, и даже просто въ ихъ названіи, лежитъ такое же средство для возбужденія юридическаго благоразумія и устраненія всякаго сомнѣнія въ сознательномъ выраженіи воли, какое мы видѣли выше (§ 74) при формальномъ договорѣ.—Для нагляднаго объ-

---

(d) L. 2 locati (19. 2).

ясненія природы упомянутыхъ договоровъ сравнимъ продажу съ мѣной. Эти юридическія сдѣлки имѣютъ много сходства и различаются весьма незначительнымъ обстоятельствомъ,—именно: въ продажѣ удовлетвореніе производится деньгами, въ мѣнѣ—другою какою либо вещью, не похожею на деньги.— Отсюда значеніе и необходимость продажи для удовлетворенія потребностей ежедневнаго оборота; мѣна же не такъ необходима и встрѣчается гораздо рѣже. Вотъ почему къ мѣнѣ можно было несомнѣнно примѣнить общіе принципы права, не дѣлая изъ нея исключенія; и дѣйствительно, въ началѣ ея исковое свойство было слѣдствіемъ обоюдной стипуляціи, и только позднѣе одностороннее удовлетвореніе стало достаточнымъ основаніемъ для построенія иска объ удовлетвореніи съ другой стороны, вслѣдствіе чего мѣна и вошла въ разрядъ такъ называемыхъ безъимянныхъ контрактовъ.

Совершенно иной характеръ представляютъ довѣренность и товарищество, составляющія, такъ сказать, вторую группу консенсуальныхъ контрактовъ. Ихъ нельзя назвать, подобно куплѣ и найму, неизбѣжными, постоянными элементами ежедневной юридической жизни; но есть другія основанія къ оправданію ихъ искового свойства, помимо стипуляціи. Именно: важнѣйшимъ предметомъ иска является здѣсь отчетность въ случаѣ пріобрѣтенія уполномоченнымъ для своего вѣрителя, или товарищемъ для товарищества какой-либо вещи, или даже въ случаѣ непріобрѣтенія ея по его винѣ. Но обязательство это, по природѣ своей, чистая re contracta obligatio, чѣмъ само собою оправдывается его исковое свойство. Совершенно другое слѣдуетъ сказать объ обязательствѣ—исполнить принятое порученіе или продолжать начатыя товарищескія операціи, съ ихъ выгодами и невыгодами. Такое обязательство, смотря по обстоятельствамъ, можетъ быть весьма тягостно и рисковано и потому способно возбудить сомнѣнія на счетъ допущенія здѣсь неформальнаго договора. Впрочемъ именно противъ этихъ убытковъ и риска дается обыкновенное право отказа отъ договора, являющееся достаточной гарантіей для всякаго участника на будущее время.

Для полнаго оправданія неформальныхъ, но тѣмъ не менѣе исковыхъ, реальныхъ и консенсуальныхъ контрактовъ, должно

еще прибавить слѣдующія соображенія. Почти всѣ они (за исключеніемъ одного только займа) защищались посредствомъ bonae fidei actiones. Смыслъ такого правила состоялъ въ томъ, что при заключеніи ихъ разсчитывалось на искренность и довѣріе и что договоры эти, главнымъ образомъ, должны были охраняться обычаями честныхъ людей, обычаями, которые часто приводили къ цѣли и безъ судебнаго вмѣшательства; въ случаяхъ же, гдѣ подобная защита оказывалась недостаточною, такъ какъ и при добросовѣстности контрагентовъ между ними возможно разнорѣчіе мнѣній, — стороны должны были подчиниться рѣшенію третейскаго судьи, добровольно избраннаго. Arbiter этотъ, въ силу свободнаго избранія сторонъ, имѣлъ широкое право внутренняго убѣжденія (e) и по этому послѣдовательность требовала предоставить ему также и свободное обсужденіе вопроса: остановилась-ли неформальная сдѣлка на степени предварительныхъ переговоровъ, или же достигла формы настоящаго, законченнаго договора.

Я съ цѣлью не касался, въ предъидущемъ изложеніи взгляда, поддерживаемаго многими писателями, по мнѣнію которыхъ договоры неформальные, но исковые принадлежатъ будто эпохѣ новѣйшаго развитія права,—тому времени, когда первоначальный, строгій характеръ права потерялъ силу. Я не упоминалъ объ этомъ взглядѣ потому, что считаю его вообще неосновательнымъ (f). Совершенно другое представляютъ неформальные, но исковые договоры несомнѣнно новѣйшаго происхожденія, извѣстные у новыхъ ученыхъ подъ неудачнымъ именемъ pacta vestita (§ 73). Исковое ихъ свойство, съ точки зрѣнія нашего общаго принципа, будетъ разсмотрѣно вкратцѣ въ заключеніи изслѣдованія и мы увидимъ, что есть достаточно внутреннихъ серьезныхъ основаній для оправданія исковой силы большинства ихъ.

(e) Срав. System т. 5 § 219 и прилож. XIII. Num. XII. XIII.— L. 2 § 3 de O. et A. (44. 7) „Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet“ (изъ Гая III. § 137).

(f) Срав. System т. 5 § 220 и приложеніе XIV. Num. XLVII.

Pacta adjecta (§ 73. q) представляются составными частями контрактовъ bonae fidei, а потому къ нимъ слѣдуетъ примѣнить тѣ же правила, которыя мы установили для послѣднихъ.

Исковое свойство, связанное съ receptum третейскаго судьи (§ 73 r), объясняется тѣмъ, что обѣщаніе, связанное съ ничтожнымъ бременемъ, могло казаться въ извѣстной степени исполненіемъ обще-гражданской обязанности.

Что касается receptum трактирщиковъ и проч. (§ 73 s), то основаніемъ исковаго свойства неформальнаго обѣщанія (даже подразумѣваемаго) ясно выставляются полицейскія соображенія: инымъ путемъ нельзя было оградить честныхъ людей отъ плутовства, свойственнаго вышеупомянутому классу лицъ (g).

Исковое свойство неформальнаго constitutum (§ 73 t) оправдывается не только безспорною практическою потребностью въ этой сдѣлкѣ для облегченія торговыхъ сношеній, но и слѣдующимъ внутреннимъ основаніемъ. Существо названной сдѣлки состоитъ въ подтвержденіи какого либо предшествующаго обязательства, которымъ можетъ быть долгъ третьяго лица и даже naturalis obligatio и сдѣлка эта столь же несомнѣнно вызываетъ юридическое сознаніе конституирующаго должника, какъ и внѣшняя форма договора.

Исковыя послѣдствія неформальнаго обѣщанія приданаго (§ 73 w) основываются на благодѣтельномъ покровительствѣ этому институту, какъ и многимъ другимъ: оно служило средствомъ къ умноженію количества браковъ и воспитанію дѣтей (§ 71 p. q).

Что же касается исковой способности неформальнаго обѣщанія совершить даръ (§ 73 v), то для оправданія его я незнаю ни одного основанія. Едва-ли существуетъ еще другой договоръ, на столько подверженный опасностямъ легкомыслія и опрометчивости. Если бы рѣчь шла о незначительныхъ дареніяхъ, то ихъ можно было бы объяснить еще исключеніемъ изъ правила. Но такъ какъ Юстиніанъ предписалъ законную форму инсинуаціи для дара свыше 500 солидовъ,—то я ничѣмъ не могу доказать здѣсь существованіе такого исключенія.

(g) L. 1 § 1 nautae, caupones (4. 9).

§ 76.

I. Договоръ. Д. Нормальныя послѣдствія.—Дѣйствующее право.

Изложенная выше (§ 72—75) римская система договоровъ исковыхъ и неисковыхъ можетъ быть резюмирована въ слѣдующихъ существенныхъ принципахъ. Стипуляція, единственный формальный договоръ юстиніановскаго права, была исковою. Нѣкоторые особые виды договоровъ, даже заключаемыхъ неформально, также были исковыми. Всѣ же прочіе неформальные догоры (nuda pacta) были неисковыми.—Послѣдній принципъ—неисковое свойство nuda pacta составляетъ характеристическую черту римской системы договоровъ. Онъ равносиленъ законной необходимости стипуляціи, какъ условія иска, и оба эти принципа суть только различныя выраженія одного и того же кореннаго воззрѣнія, такъ что каждый изъ нихъ получаетъ практическое значеніе только при дополненіи его другимъ.

Теперь разсмотримъ отношеніе нашего дѣйствующаго права къ римской системѣ.

По ученію почти всѣхъ писателей по дѣйствующему праву, римская система никогда не примѣнялась въ новыхъ государствахъ и такое уклоненіе отъ древности надо понимать въ томъ смыслѣ, что не примѣнялась именно римская стипуляція, и что неформальный договоръ самъ по себѣ обладаетъ такой же исковой силой, какую имѣла римская стипуляція. Постараюсь по ближе опредѣлить приведенное положеніе въ связи съ содержащимся въ немъ ограниченіемъ.

Продолженіе римской системы и въ наше время вопреки послѣднему воззрѣнію, защищали весьма немногіе германскіе ученые (a),—и то по большей части случайно, въ видѣ пара-

---

(a) Такъ, напр. Strauch Dissert. Jenae 1666. 4, Diss, XII. § X, Müller ad Struv. syntagm. Ex. VI. § 17. — Срав. Glück Pandecten т. 4 § 312 Note 32.

докса, не входя въ точныя опредѣленія современныхъ формъ римской системы. Только Дуаренъ, одинъ изъ знаменитѣйшихъ юристовъ французской школы, утверждаетъ, что еще въ его время ни одинъ договоръ не заключался безъ стипуляціи (b) и что неформальный договоръ, даже между купцами, не имѣлъ исковой силы (c). Это странное утвержденіе доказываетъ только, что авторъ былъ лучше знакомъ съ источниками, нежели съ практической жизнью (d) и несправедливость его мнѣнія была положительно доказана даже по отношенію къ Франціи какъ современниками, такъ и позднѣйшими юристами (e).

Но, признавая даже изложенные факты безспорными, мы все-таки затруднимся ихъ объяснить.—Въ самомъ дѣлѣ: если римское право вообще (а не только отдѣльные, избранные его принципы) всѣми считается за основаніе дѣйствующаго общаго права; если упомянутая система договоровъ несомнѣнно удержалась въ юстиніановскомъ (а не только въ древнѣйшемъ) правѣ,—то обстоятельство, почему римское право не сохранялось въ этомъ важномъ и преимущественно практическомъ случаѣ и у насъ, требуетъ какого нибудь особеннаго объясненія.

Въ послѣднемъ отношеніи существуютъ разнообразныя мнѣнія (f).

(b) Duarenus in tit. D. de verb. obl., въ концѣ предисловія ad lectorem, Opp. Lucae 1766 f. Vol 3 pag. XXX: „Argumento illud sit, quod hodie nullius contractus formula absque stipulatione concipitur...In quam sententiam plurima gravissime dicta esse olim memini, a primo Curiae Parisiensis praeside, Aegidio Magistro“.

(c) Duarenus in L. 7 § 4 D. de pactis, Opp. Vol. 1 p. 101.

(d) Можетъ показаться особенно удивительнымъ, что Дуаренъ утверждаетъ дѣйствительное и повсемѣстное существованіе стипуляціи, чего на самомъ дѣлѣ не было. Быть можетъ, это объясняется формулами многихъ нотаріусовъ, безсмысленно употреблявшихъ еще съ среднихъ вѣковъ, римскіе термины (напр. stipulatione subniха и т. д.) Срав. Savigny Geschichte des R. R. im Mittelalter т. 1 § 140, т. 2 § 41. 66. 82.—Выраженія употребленныя въ текстѣ, примѣч. b, доказываютъ, что Дуаренъ имѣлъ предъ глазами письменныя формулы.

(e) Такъ Connanus Comm. Lib. 1 C. 6 Num. 14: „Itaque et apud nos nullum est stipulationis robur, aut certe non majus quam cujusvis nudae pactionis“. Срав. Hamberger opusc. p. 226.

(f) Hamberger de non usu stipulationum Jenae 1714, opusc. Jenae 1740 p. 153—250. Glück Pandecten т. 4 § 312.

Нѣкоторые ученые вслѣдствіе неправильнаго взгляда на смягченіе формы стипуляціи въ послѣднюю эпоху римскаго права думали, что смягченіе это было просто отмѣною формальнаго, чисто положительнаго характера самой стипуляціи, въ силу чего, по ихъ мнѣнію, стипуляція выродилась въ неформальный договоръ (g). Но объ этомъ мнѣніи мы уже говорили и опровергали его (§ 73 примѣч. b до h). Оно не основательно не только съ точки зрѣнія юстиніановскаго законодательства, но и источниковъ, какъ современныхъ ему, такъ и позднѣйшихъ (h).

Другіе ученые утверждали, что каноническое право видоизмѣнило въ этомъ важномъ пунктѣ римское и дало такимъ образомъ направленіе дѣйствующему праву (i). Они ссылаются на слѣдующее рѣшеніе одного африканскаго собора, вошедшее въ Декреталіи (k). Два епископа согласились раздѣлить приходы между своими діоцезами и заключили письменный договоръ. Одинъ изъ нихъ жаловался собору на нарушеніе противникомъ договора, и соборъ постановилъ рѣшеніе о понужденіи послѣдняго къ исполненію договора путемъ церковныхъ наказаній (l).—Текстъ этотъ однако не можетъ имѣть рѣши-

---

(g) Такъ Leyser Spec. XXXIX. med. 5.—Опровергающіе его писатели приведены у Glück'a т. 4 § 312 Note 35.

(h) Paulus V. 7 § 2 упоминаетъ о презумпціи, вытекающей изъ письменнаго документа въ пользу точнаго соблюденія стипуляціонныхъ формъ. Эта презумпція, благодаря интерпретаціи, была неправильно расширена, впрочемъ, безъ всякихъ вредныхъ послѣдствій для формальнаго характера стипуляціи. Въ Nov. Leonis 72 насъ предостерегаютъ отъ двухъ заблужденій. Въ договорахъ не слѣдуетъ придавать слишкомъ большаго значенія добровольнымъ неустойкамъ и въ особенности въ томъ случаѣ, когда должникъ на письменномъ документѣ ставитъ знакъ креста и поминаетъ Троицу. Конечно и здѣсь нѣтъ отождествленія стипуляціи съ неформальнымъ договоромъ.

(i) Glück т. 4 § 312 Noten 37. 38. 39, гдѣ также указаны писатели противоположнаго мнѣнія; отсюда видно, что положеніе это вовсе не нашло всеобщаго сочувствія.

(k) C. 1. X. de pactis (1. 35). Также указываютъ, правда, на C. 3 X. eod., но этотъ текстъ весьма не точенъ и долженъ быть оставленъ въ сторонѣ.

(l) C. 1 cit. „Aut inita pacta suam obtineant firmitatem, aut conventus, si se non cohibuerit, ecclesiasticam sentiat disciplinam. Dixe-

тельнаго значенія въ вопросѣ насъ занимающемъ, по двумъ причинамъ: во 1-хъ потому, что онъ не говоритъ о судебномъ искѣ, предъявленномъ свѣтскому судьѣ, но только о поддержаніи силы договора церковными средствами и именно договора, имѣвшаго предметомъ устройство діоцеза; во 2-хъ, потому что онъ вовсе не касается различія стипуляціи отъ неформальнаго договора.—Изъ содержанія текста видно, что отвѣтчикъ отказывался исполнить договоръ не вслѣдствіе его неформальности, но просто по произволу, такъ что весь текстъ можно было бы и слѣдовало бы понимать совершенно также и въ томъ случаѣ, если бы упоминаемый въ немъ договоръ былъ облеченъ въ форму стипуляціи.

Наконецъ, огромное большинство ученыхъ старалось вывести сказанное видоизмѣненіе римскаго права изъ обще-германскаго обычая (m),—но съ оговоркою, что послѣдній не вытѣснилъ римскаго принципа, дѣйствовавшаго и у насъ прежде, а только препятствовалъ его практическому приложенію въ Германіи.

Однако и эта ссылка на обще-германскій обычай представляется весьма сомнительною. Справедливость ея можно было бы доказать двоякимъ образомъ: или непосредственно, указаніемъ на самое правовое сознаніе германскаго народа, противорѣчащее римскому принципу; или посредственно, основываясь на однообразныхъ судебныхъ рѣшеніяхъ: тогда судебная практика свидѣтельствовала бы о существованіи такого юридическаго сознанія (n).

Нѣкоторые ученые, ссылаясь на нѣмецкую вѣрность и честность, формулировали непосредственное доказательство въ популярной и тривіальной формѣ, съ такимъ девизомъ: ein Wort, ein Wort; ein Mann, ein Mann (у честнаго человѣка одно слово) (o). При болѣе серьезномъ методѣ изслѣдованія, необходимо было бы доказать, что затруднительныя формы договоровъ

---

runt universi: Pax servetur, pacta custodiantur". Слѣдовательно, весь соборъ согласился съ требованіемъ истца.

(m) Glück. т. 4 § 312. Mittermaier. Deutsches Privatrecht т. 2 § 272.

(n) Срав. System т. 1 § 12. 18. 20.

(o) Glück т. 4 § 312 стр. 282. 283.

были чужды и противны генію нѣмецкой націи. Но это именно доказать нельзя (p), и на дѣлѣ оказывается, что особенность римскаго права состоитъ скорѣе въ томъ, что оно придавало рѣшительное значеніе постоянной и неизмѣнной формѣ договоровъ, о чемъ въ Германіи не могло быть и рѣчи.

Для доказательства, что обще-германское обычное право составляетъ непреодолимую преграду для усвоенія системы римскихъ договоровъ, нужно было бы предположить, что система эта, т. е. противоположность между стипуляціею и простымъ pactum, могла достигнуть до сознанія нѣмецкаго народа;—но этого, очевидно, предположить нельзя потому, что сказанная противоположность можетъ быть обнаружена только путемъ научнаго изслѣдованія. Мало того. Опредѣленнаго сознанія упомянутой противоположности навѣрное нѣтъ даже и у большинства судей, а потому и судебная практика не имѣетъ рѣшительнаго значенія для нашего вопроса.

Относительно судебной практики необходимо еще имѣть въ виду слѣдующее. Въ большинствѣ случаевъ вопросъ объ исковой силѣ неформальнаго договора не можетъ служить единственнымъ и исключительнымъ основаніемъ того или другаго рѣшенія потому, что основаніемъ послѣдняго при большинствѣ употребительнѣйшихъ въ жизни договоровъ можетъ служить аналогія съ какимъ нибудь римскимъ контрактомъ. Но есть, однако, одинъ употребительнѣйшій и важнѣйшій договоръ, представляющій въ этомъ отношеніи другой характеръ. Договоръ о процентахъ при займѣ у Римлянъ для полученія исковой силы долженъ былъ совершаться въ формѣ стипуляціи (q). Договоръ этотъ безпрестанно встрѣчается и въ нашей юридической жизни и едва-ли когда нибудь судъ колебался присудить должника къ уплатѣ должныхъ процентовъ, хотя бы договоръ былъ заключенъ неформально, не въ видѣ стипуляціи. Слѣдовательно, въ данномъ случаѣ несомнѣнно, что всѣ суды признали несуществующимъ у насъ римское различіе между стипуляціею и неформальнымъ договоромъ. Но нельзя этому единственному случаю придавать значенія дѣйствительнаго пред-

(p) Eichhorn Deutsches Recht § 91—93.
(q) Срав. System т. 6 § 268.

ставителя всѣхъ вообще договоровъ и считать его доказательствомъ существованія обще-германскаго обычнаго права, противорѣчащаго системѣ римскихъ договоровъ.

Впрочемъ въ предположеніи подобнаго обычнаго права есть извѣстная доля справедливости,—къ разсмотрѣнію и опредѣленію надлежащихъ границъ которой мы и переходимъ.

§ 77.

I. Договоръ. Д. Нормальныя послѣдствія. Дѣйствующее право. (Продолженіе).

И такъ, если римское право о договорахъ не было парализировано ни новѣйшими римскими законами, ни каноническимъ правомъ, ни обще-германскимъ обычаемъ въ собственномъ и истинномъ смыслѣ слова,—то какъ объяснить и оправдать тотъ фактъ, что разсмотрѣнная система не имѣетъ силы въ дѣйствующемъ правѣ, тогда какъ мы считаемъ римское право вообще основою нашего права? Отвѣтомъ на вопросъ послужатъ слѣдующія соображенія (а).

Положительное право не можетъ быть основою практической жизни безъ установленія какой-либо формы, придающей договору, каково бы ни было его содержаніе, обязательность и исковую силу. Римское право имѣетъ такую форму въ стипуляціи, но такъ какъ Германія усвоила римское право вообще а стипуляція составляетъ главную и существенную часть послѣдняго,—то, по указанію письменныхъ источниковъ, мы приняли и стипуляцію.

Но право стипуляціи, т. е. собственно исключительность ея дѣйствія зависитъ отъ факта стипуляціи или дѣйствительнаго ея приложенія, основаннаго на преобладающемъ національномъ обычаѣ, какой мы на самомъ дѣлѣ и видимъ у Римлянъ. Подобнаго національнаго обычая не существовало въ Германіи ни въ эпоху введенія римскаго права, ни прежде,

---

(а) Въ существенныхъ чертахъ съ этимъ взглядомъ согласны: Eichhorn Deutsches Recht § 92. Puchta Pandecten § 250, и Vorlesungen § 250.

ни послѣ; слѣдовательно, и право стипуляціи не могло найти примѣненія въ Германіи. Для устраненія затрудненія т. е. для придàнія съ этой стороны письменному римскому праву полнаго дѣйствія, могло бы прійти въ голову какому нибудь нѣмецкому законодателю ввести стипуляцію путемъ закона и сдѣлать ее условіемъ исковой силы договора, согласно римскому праву. Но была ли бы въ состояніи такая попытка привести къ цѣли и удалось-ли бы закону образовать народный обычай, соотвѣтствующій его предписаніямъ? Сомнительно. Такой законъ рисковалъ-бы остаться мертвой буквой. Впрочемъ вопросъ этотъ и безполезенъ, такъ какъ несомнѣнно, что подобной попытки никогда не было.

Юридическое состояніе, послѣдовавшее за процессомъ введенія римскаго права, представляется въ слѣдующемъ видѣ. Мы получили принципъ исковой стипуляціи безъ характеристической ея формы—устнаго вопроса и отвѣта. За тѣмъ вслѣдствіе обыкновенной абстракціи отъ этой формы, стипуляція превратилась въ нашихъ рукахъ незамѣтно въ неформальный договоръ и такимъ образомъ въ силу неизбѣжной необходимости мы пришли безъ содѣйствія законодателя къ принципу: всякій неформальный договоръ имѣетъ исковую силу. Съ тѣхъ поръ стипуляція совпала съ консенсуальными контрактами и съ nudum pactum (b).

Это только другое и болѣе краткое выраженіе воззрѣнія,

(b) Поразительную аналогическую черту мы видимъ при установленіи сервитутовъ. Въ древнѣйшемъ правѣ оно совершалось путемъ in jure cessio. Gajus Lib. 2 § 29. 30. Ulpianus. Tit. 19 § 11.—Въ юстиніановскомъ правѣ in jure cessio стало невозможной потому, что исчезли ея условія, состоявшія отчасти въ организаціи суда, отчасти въ процессуальномъ правѣ древности. Вотъ почему мѣсто in jure cessio сама собою и безъ всякаго содѣйствія законодателя заступила ея абстракція, лишенная всякой положительной и символической формы. Такою абстракціею былъ простой договоръ, который совершался для той же цѣли, смотря по желанію тяжущихся неформально, или въ формѣ стипуляціи. § 4 J. de serv. (2. 3), § 1 J. de usufr. (2. 4) („pactionibus et stipulationibus id efficere debet"). Эта важная перемѣна по отношенію къ сервитутамъ совершилась незамѣтно въ переходную эпоху отъ древняго права—къ новому времени имперіи; въ системѣ же договоровъ она произошла въ періодъ перенесенія римскаго права въ Германію.

которое было высказано прежде (c). По общему правилу, необходимость стипуляціи, какъ условія иска и, неисковое свойство неформальнаго контракта образуютъ неразрывное цѣлое, и какъ только мы выдѣлимъ изъ него мысленно положительную форму стипуляціи, неформальный контрактъ обращается самъ собою въ исковой.

Въ такомъ пониманіи слѣдуетъ искать и вышесказанную (въ концѣ § 76) долю справедливости взгляда, который указываетъ на вліяніе нѣмецкаго обычнаго права. Послѣднее можно назвать отрицательнымъ, такъ какъ оно состоитъ именно въ непримѣненіи стипуляціонной формы къ германской жизни; къ отсутствію формы сами собой примыкаютъ и всѣ упомянутыя юридическія послѣдствія.

Практическій выводъ изъ вышеизложенной теоріи—тотъ, что въ нашемъ дѣйствующемъ общемъ правѣ неформальный контрактъ занялъ мѣсто римской стипуляціи,—что слѣдовательно къ формѣ искового договора мы должны примѣнить тѣ же правила, которыя римское право установило для формы консенсуальнаго контракта и для nuda pacta (d). Такимъ образомъ мы не имѣемъ надобности въ томъ преимуществѣ, которое Римляне видѣли въ формѣ стипуляціи для вѣрнаго разграниченія оконченнаго договора отъ простыхъ приготовленій и переходныхъ къ нему ступеней (§ 74), предоставляя это разграниченіе въ каждомъ данномъ случаѣ исключительному усмотрѣнію судьи. Точно также мы обходимся и безъ того полезнаго вліянія, которое производила торжественная форма стипуляціи на благоразуміе сторонъ, также предоставляя самимъ сторонамъ заботу ограждать себя отъ вреда надлежащей предусмотрительностью.

Очертивъ изложенную теорію только съ одной стороны, мы рискуемъ ввести читателя въ заблужденіе,—будто въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ исключительныя положительныя формы договоровъ не имѣютъ никакого значенія, тогда какъ на самомъ дѣлѣ имъ можно приписать самое разнообразное вліяніе,

---

(c) Въ введеніи къ § 76.

(d) § 1. 2 J. de consensu obl. (3. 22), L. 1 § 2 de contr. emt. (18. 1). — L. 2 pr. de pactis (2. 14).

истекающее или изъ воли сторонъ, или изъ спеціальныхъ законовъ.

I. По волѣ сторонъ подобная спеціальная форма можетъ быть поставлена необходимымъ условіемъ, что особенно часто бываетъ въ случаѣ, когда соглашаются совершить договоръ письменно, а это, въ свою очередь, дѣлается двоякимъ образомъ: во-первыхъ можетъ быть обусловлено, что договоръ непосредственно связываетъ стороны, независимо отъ опредѣленной формы,—такъ что послѣдняя (т. е. письмо) имѣетъ только цѣлью облегченіе доказательства; во-вторыхъ можетъ быть обусловлено и совершенно иначе, т. е. что стороны не желаютъ сначала связывать себя ничѣмъ, а существованіе договора и обязательная его сила должны считаться только съ момента облеченія его въ письменную форму.—Если стороны объяснили точно, какое значеніе онѣ придаютъ формѣ, то воля ихъ и будетъ опредѣляющимъ принципомъ; при недостаткѣ же такого объясненія, т. е. когда стороны обусловили письменное заключеніе договора безъ ближайшаго опредѣленія цѣли и силы такой формы, то, по смыслу одного юстиніановскаго закона, договору должно быть придано второе изъ указанныхъ выше значеній: —стороны ничѣмъ взаимно не обязываются прежде добровольнаго облеченія договора въ форму; до этого времени не можетъ быть иска ни объ исполненіи договора, ни объ изложеніи его въ надлежащей формѣ (e).

Если бы напримѣръ, два рьяные приверженца римскаго права заключили условіе, обязательная сила котораго поставлена ими въ зависимость отъ облеченія его въ форму римской стипуляціи,—то я не вижу основаній не признать того условія дѣйствительнымъ; его слѣдовало бы обсуждать, именно, на основаніи вышеприведеннаго юстиніановскаго закона (f). Нѣкоторые писатели приводятъ даже мѣстныя права, гдѣ подобная форма условія выражается въ соотвѣтствующихъ устныхъ вопросахъ и отвѣтахъ, — и, конечно, совершенно независимо

(e) L. 17 C. de fide instr. (4. 21), pr. J. de emt. (3. 23).

(f) Въ этомъ смыслѣ основательно утверждаютъ продолжающееся существованіе римской стипуляціи Stryk. XLV. 1 § 1 и Berger oecon. for. Lib. 3. Tit. 3 Th. 1 not. 4.—Hamberger opusc. p. 229 и слѣд., повидимому, не допускаетъ даже и этого.

отъ всякаго подражанія или пристрастія къ древности (g). Эти случаи уже не относятся, подобно предыдущимъ, къ области частной воли, а къ сферѣ мѣстныхъ обычныхъ правъ.

Сомнѣнія и недоразумѣнія часто возбуждались по поводу договора, имѣющаго цѣлью заключеніе другаго договора—pactum de contrahendo. Подъ этимъ названіемъ часто понимается ни что иное, какъ предварительное, подготовительное условіе, неимѣющее, конечно, юридическихъ послѣдствій.—Въ другихъ случаяхъ сказанный терминъ выражаетъ уже вполнѣ заключенный договоръ, но съ отсроченнымъ исполненіемъ; такъ, напр., если кто-либо обѣщаетъ продать свой домъ за опредѣленную напередъ сумму въ теченіи 6 мѣсяцевъ. На самомъ дѣлѣ продажа уже окончена и только въ теченіи 6 мѣсяцевъ должна совершиться передача и уплата покупной цѣны; слѣдовательно это не настоящій договоръ купли, а pactum de contrahendo. —Истинный pactum de contrahendo будетъ, напр., условленная мѣна двухъ опредѣленныхъ домовъ или лошадей. По римскому праву искъ въ этомъ случаѣ давался или только при стипуляціи (h), или когда одна изъ сторонъ исполнила уже свое обязательство и былъ actio praescriptis verbis (i). По дѣйствующему же праву, каждая изъ сторонъ можетъ просить объ исполненіи неформальнаго договора (k). Высказанное относится и къ договору совершить заемъ (l).

(g) Unterholzner Schuldverhältnisse т. 1 § 31 стр. 63: „какъ въ верхне—силезскихъ каменоломняхъ, гдѣ договоръ найма между хозяиномъ и работникомъ заключается въ формѣ вопроса и отвѣта („Доволенъ-ли ты?—Я доволенъ“).

(h) L. 3 C. de rer. permut. (4. 64).

(i). L. 5 § 1 de praescr. verbis (19. 5).

(k) Hamberger p. 223 opusc.—Впрочемъ нѣкоторые писатели держатся другаго мнѣнія и полагаютъ, что каждая изъ сторонъ можетъ произвольно отказаться отъ подобнаго договора. Такъ напр. Lauterbach de arrha § 69. 104 (Dissertat. Vol. 1. p. 325, 338). Это мнѣніе крайне непослѣдовательно и противно истинному смыслу римскаго права: Римляне допускали въ этихъ случаяхъ стипуляціонный искъ (примѣч. h. l.) и такъ какъ мы не имѣемъ стипуляцій, то нѣтъ никакого основанія лишать насъ возможности заключать такіе договоры и требовать ихъ исполненія путемъ иска.

(l) L. 68 de V. O. (45. 1). Конечно, для дѣйствительности такого договора требуется опредѣленіе срока займа; въ противномъ слу-

II. Выше мы замѣтили, что, кромѣ воли сторонъ, на особенныя положительныя формы договоровъ могутъ имѣть вліяніе и спеціальные законы. Разсмотримъ характеръ послѣдняго и случаи его проявленія.

Замѣчательнѣйшее предписаніе въ этомъ родѣ находится въ древнемъ имперскомъ законѣ — въ императорскомъ рескриптѣ 1551 г. § 78. 79, составляющемъ составную часть нашего обще-германскаго права (m). По этому закону, долговая росписка, выданная христіаниномъ еврею, тогда только считалась дѣйствительною, когда признавалась ординарнымъ судьей должника; въ противномъ же случаѣ была ничтожна (n).

Важнѣйшій случай необходимости формы для дѣйствительности договора представляетъ нашъ вексель,—который сопряженъ съ соблюденіемъ строжайшихъ письменныхъ формъ—въ однихъ мѣстахъ въ силу дѣйствительнаго обычнаго права, въ другихъ—вслѣдствіе предписанія мѣстныхъ законовъ, а въ новѣйшее время въ особенности по обще-германскому вексельному уставу (o). Впрочемъ это не значитъ, что въ случаѣ опущенія или неполнаго соблюденія предписанныхъ формъ, сдѣлка становится недѣйствительною; напротивъ, она все-таки будетъ имѣть послѣдствія и силу дѣйствительнаго и даже исковаго обязательства, но не получитъ только послѣдствій свойственныхъ вексельной сдѣлкѣ, а именно: особенно быстраго судопроизводства, исполненія съ личнымъ задержаніемъ, а главнѣе всего возможности, путемъ кратчайшей надписи на одномъ и томъ же документѣ, вовлечь въ одно долговое обязательство нѣсколькихъ и даже многихъ лицъ.

Въ разсматриваемомъ отношеніи также очень важны и заслуживаютъ вниманія законы отдѣльныхъ странъ и изъ сравненія этихъ законовъ съ римскимъ правомъ окажется съ одной стороны сходство, съ другой различіе ихъ отъ римскихъ принциповъ, касающихся формальнаго договора.

чаѣ онъ прежде исполненія можетъ быть уничтоженъ во всякое время отказомъ отъ него.

(m) Neueste Sammlung der R. A., Th. 2 стр. 622.

(n) Въ практикѣ этотъ законъ не сохранился. Unterholzner Schuldverhältnisse т. 1 § 31 стр. 64.

(o) Въ Пруссіи онъ распубликованъ въ Gesetz-Sammlung 1849 стр. 49.

По общему правилу прусскаго ландрехта, неформальные договоры считаются дѣйствительными и исковыми. Только договоры, имѣющіе предметомъ цѣнность, превышающую 50 талеровъ, должны быть заключаемы письменно (p), а для многихъ другихъ требуется посредство судебной власти. Предписаніе письменной формы здѣсь представляется строже римской стипуляціи, потому что изъ него не сдѣлано никакого исключенія для консенсуальныхъ контрактовъ; нѣтъ даже общаго и точно-выраженнаго исключенія для контрактовъ реальныхъ.

Австрійскій кодексъ не содержитъ въ себѣ столь общаго предписанія, какъ кодексъ прусскій; но онъ все-таки требуетъ письменной формы для многихъ отдѣльныхъ сдѣлокъ (q).

Подобно прусскому ландрехту и французскій code civil требуетъ письменнаго документа для всѣхъ договоровъ, превышающихъ своею цѣнностью 150 франковъ,—не допуская въ этихъ случаяхъ доказательствъ чрезъ свидѣтелей (r).

Сравнивая приведенныя формальныя предписанія новыхъ законодательствъ съ римскимъ правомъ, мы въ нихъ находимъ по большей части тѣ выгоды, которыя выше были признаны за римской стипуляціей (§ 74).—Съ одной стороны эти предписанія имѣютъ большее преимущество въ томъ отношеніи, что способствуютъ легчайшему и вѣрнѣйшему доказательству договора, чего не имѣлось въ виду при римской стипуляціи;—но съ другой—ихъ преимущество умаляется тѣмъ, что они носятъ на себѣ отпечатокъ произвольныхъ предписаній, не связанныхъ, подобно римской стипуляціи, съ дѣйствующимъ обычаемъ и убѣжденіемъ народа.

Вообще, надо сознаться, что римская система заслуживаетъ большаго предпочтенія, такъ какъ въ ней послѣдствія несоблюденія формы стипуляціи, т. е. nudum pactum, точно опредѣляются широко развитою теоріею naturalis obligatio, въ новомъ же правѣ они смутны и неопредѣленны.

(p) Allg. L. R. Th. 1 Tit. 5 § 131, заимствованъ изъ одного эдикта 1770 г.

(q) Такъ напр. дарственная сдѣлка требуетъ письменнаго документа. Oesterr. Gesetzbuch. § 943.

(r) Code civil art. 1341—1348. Только при commencement de

§ 78.

I. Договоръ. Д. Нормальныя послѣдствія.—Дѣйствующее право. (Продолженіе).

Съ предложеннымъ изслѣдованіемъ формальныхъ и неформальныхъ договоровъ римской стипуляціи и суррогата ея въ новѣйшемъ правѣ наша задача могла бы считаться оконченною. Но въ послѣднее время появилась другая теорія о томъ же предметѣ, отклоняющаяся отъ моей во множествѣ пунктовъ. Умная и ученая ея аргументація пріобрѣла не мало приверженцевъ (а) и вотъ почему къ законченному изслѣдованію намъ необходимо еще сдѣлать дополненіе съ литературной стороны.

Существенныя черты новой теоріи состоятъ въ слѣдующемъ.

Стипуляція, какъ чисто формальная сдѣлка, уже сама по себѣ служитъ основаніемъ иска; но для своего практическаго осуществленія, состоящаго въ превращеніи той или другой претензіи въ имущество кредитора, она должна быть дополнена какою либо causa, т. е. юридическимъ элементомъ, связующимъ ее съ какими либо матеріальными юридическими отношеніями. Безъ сомнѣнія въ древнѣйшемъ правѣ такого порядка вещей не существовало; юридическія отношенія стали основываться на матеріальномъ элементѣ только съ того времени, когда перестали соблюдать чистую форму и переворотъ этотъ совершился, благодаря отчасти юристамъ, разработавшимъ ученіе о кондикціяхъ, отчасти претору, допускавшему doli exceptio.

Все, сказанное о римской стипуляціи, имѣетъ силу и для

---

preuve par écrit свидѣтельскія показанія допускаются въ качествѣ дополненія.

(а) Liebe, die Stipulation. Braunschweig 1840 § 7. 8. 29.—Къ нему болѣе или менѣе близко примкнули: Puchta Pandekten § 257, Vorlesungen § 257 Institutionen т. 3 § 271 Num 4 и Gneist die formellen Verträge, zweite Abtheilung стр. 113—230. Rudorff въ примѣчаніяхъ къ двумъ мѣстамъ соч. Пухты высказался противъ этой теоріи. Точно также и Windscheid. Lehre von der Voraussetzung стр. 198.

неформальнаго контракта дѣйствующаго права, который заступилъ ея мѣсто и слѣдовательно также носитъ характеръ чисто-формальной юридической сдѣлки (b).

Если мы далѣе спросимъ, въ чемъ можетъ состоять causa, или юридическій элементъ, составляющій дополненіе стипуляціи (а слѣдовательно и нашего nudum pactum)—то отвѣта слѣдуетъ искать въ одномъ изъ трехъ разрядовъ дѣйствій, къ которымъ сводятся всѣ имущественныя пріобрѣтенія, именно: donare, solvere, credere. Такимъ образомъ, всякая стипуляція, претендующая на полную дѣйствительность и силу, должна быть заключена: donandi causa, solvendi causa, или credendi causa (c).

Что касается изложенной классификаціи имущественнаго пріобрѣтенія, то она появлялась въ наукѣ и прежде, хотя съ другими цѣлями. Унтергольцнеръ установилъ ее для исчисленія видовъ justa causa, въ силу которыхъ передача становится способною служить основаніемъ давности владѣнія (d). Этою же классификаціею пользовался Мейерфельдъ для указанія ученію о дарѣ надлежаго мѣста въ общей системѣ права (e). Наконецъ Либе примѣнилъ ее въ смыслѣ основанія и условія формальнаго договора, въ смыслѣ causa, необходимой для стипуляціи.

Приступая къ критической оцѣнкѣ новой теоріи, я вспомню объ одномъ замѣчаніи, сдѣланномъ мною уже давно и въ другомъ мѣстѣ (f). Къ важнѣйшимъ средствамъ для основательнаго пониманія системы права служитъ изслѣдованіе и изложеніе той внутренней связи, сродства, въ которомъ состоятъ

(b) Срав. объ этомъ: System т. 5 § 224 Note f.—Указанное въ текстѣ распространеніе новой теоріи на неформальный контрактъ дѣйствующаго права дастъ мнѣ поводъ изложить критическую оцѣнку этой теоріи въ отдѣлѣ дѣйствующаго права, хотя приверженцы ея говорятъ обыкновенно только о стипуляціи.

(c) О credere въ связи съ стипуляціею срав. System т. 5 приложеніе XIV. Num. X. b.

(d) Unterholzner Verjährungslehre. т. 1 § 108.

(e) Meyerfeld Die Lehre von den Schenkungen т. 1 стр. 29. 425. Срав. System т. 4 § 143 прим. o.

(f) System т. 1 предисловіе стр. XXXVI. XXXVII.

между собою юридическія понятія и юридическія нормы. Такой способъ изслѣдованія въ высшей степени плодотворенъ, потому что чѣмъ таинственнѣе сродство, тѣмъ болѣе оно ускользаетъ отъ вниманія юристовъ. Но съ другой стороны, не рѣдко встрѣчается только кажущееся сродство, неизбѣжно ведущее къ ошибкамъ и для открытія подобныхъ призраковъ и избѣжанія ихъ требуется одинаково вѣрный взглядъ, хотя и въ отрицательномъ смыслѣ.

Новая теорія, къ разбору которой мы теперь приступаемъ, въ трехъ пунктахъ примыкаетъ къ истиннымъ, неопровержимымъ принципамъ нашей системы права, но въ каждомъ изъ этихъ пунктовъ я надѣюсь указать по одному изъ тѣхъ обманчивыхъ призраковъ,—въ обнаруженіи и въ устраненіи которыхъ состоитъ, какъ сказано, задача всякаго полезнаго изслѣдованія.

I. Ульпіанъ упоминаетъ при договорахъ о causa, какъ основаніи и условіи искового обязательства (g); и на оборотъ, въ отсутствіи causa видитъ препятствіе къ возникновенію искового обязательства (h). Съ перваго взгляда такое сужденіе представляется прямымъ и буквальнымъ подтвержденіемъ разсматриваемой теоріи о необходимости и силѣ causa въ договорахъ.

Выше мы говорили подробно объ этихъ текстахъ Ульпіана (§ 72, e). Съ точки зрѣнія источниковъ происхожденія и внутреннихъ свойствъ, Ульпіанъ признаетъ два рода частныхъ договоровъ: legitimae и juris gentium conventiones. О необходимости causa онъ упоминаетъ въ вышеприведенныхъ текстахъ для однихъ juris gentium conventiones и только для нихъ. Но стипуляція, какъ извѣстно, не juris gentium, а legitima conventio, въ вышесказанномъ техническомъ смыслѣ слова (i);

(g) L. 7 § 2 de pactis (2. 14): „Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem“...

(h) L. 7 § 4 de pactis (2. 14): „Sed cum nulla subest causa propter (l. praeter) conventionem, hic constat non posse constitui obligationem“.

(i) Срав. выше § 52. d[1], и § 72 a[1],.

а потому Ульпіанъ ровно ничего не говоритъ о необходимости causa для дополненія стипуляціи; напротивъ, путемъ аргумента a contrario, изъ этого можно вывести ясное доказательство, что именно для дополненія стипуляціи и не требовалось causa.

II. Вторая кажущаяся комбинація, говорящая въ пользу разсматриваемой теоріи—ея аналогія съ традиціею. Послѣдняя принадлежитъ къ числу важнѣйшихъ сдѣлокъ всеобщаго юридическаго оборота. Въ новѣйшемъ правѣ традиція составляетъ употребительнѣйшую форму свободной передачи собственности; въ древнемъ же правѣ она служила для этой цѣли только отчасти (при res nec mancipi), рядомъ съ манципаціею, установленною для res mancipi. Между тѣмъ во многихъ мѣстахъ источниковъ говорится, что традиція сама по себѣ ничего не значитъ; что она получаетъ силу только въ связи съ justa causa (k). Слѣдовательно, съ точки зрѣнія новой теоріи остается одинъ только шагъ для отождествленія традиціи съ стипуляціей: какъ та, такъ и другая были способны произвести свойственныя имъ послѣдствія только въ связи съ causa, именно:—традиція—переходъ собственности, стипуляція—дѣйствительность обязательства.

Мы должны всецѣло отвергнуть эту аргументацію, опирающуюся на аналогію съ традиціею, по двумъ различнымъ и независимымъ другъ отъ друга основаніямъ.

A. Стипуляція, какъ цивильный актъ, не имѣетъ никакого внутренняго сродства съ традиціею—дѣйствіемъ естественнымъ.

(k) Ulpianus Tit. 19 § 7: „...Harum rerum (nec mancipi) dominia ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex justa causa traditae sunt nobis“. Gajus Lib. 2 § 20 „Itaque si tibi vestem... tradidero, sive ex venditionis causa, sive ex donationis, sive quavis alia ex causa, tua fit ea res“... L. 31 pr. de adqu. res. dom. (41. 1) (Paulus) „Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur“. Такъ какъ venditio, несомнѣнно сама есть justa causa и слѣдовательно между этими актами нѣтъ никакого различія, то слѣдуетъ или вмѣсто aliqua вставить alia qua или же, избѣгая вставокъ, толковать слово aliqua въ этомъ смыслѣ, чему мы видимъ многіе примѣры. Bynkershoek obss. V. 25. Schulting notae ad digesta, in L. 2 quod cujusque univ. (3. 4).

Для установленія истинной аналогіи, слѣдовало бы взять манципацію, которая есть такой же цивильный актъ, какъ и стипуляція, и отъ justa causa, требуемой при манципаціи, заключить къ justa causa для стипуляціи; тогда только можно было бы говорить о доказательствѣ чрезъ аналогію.—Но при манципаціи именно и не упоминается о необходимости justa causa и сейчасъ мы укажемъ причину, почему здѣсь не могло быть и рѣчи о необходимости послѣдней.

Уже это одно основаніе достаточно для полнаго устраненія аргументаціи по аналогіи отъ justa causa традиціи къ justa causa стипуляціи.

Б. Но есть еще причина для устраненія опровергаемой аналогіи. Даже при традиціи justa causa вовсе не имѣетъ того значенія, какое ей обыкновенно приписываютъ. Многіе изъ новѣйшихъ ученыхъ понимаютъ вышеприведенные тексты (примѣч. k) въ томъ смыслѣ, будто традиціи должно предшествовать обязательство, имѣющее цѣлью именно традицію, или (какъ выражались также) традиція должна составлять solutio. При этомъ особенно налегали на выраженіе praecesserit, истинный смыслъ котораго мы сейчасъ объяснимъ. Но приведенные тексты ни слова не говорятъ объ обязательствѣ; напротивъ бываютъ случаи дѣйствительной традиціи, при которой нѣтъ и слѣда обязательства. Напримѣръ, при подачѣ милостыни нищему, право собственности на монету несомнѣнно передается чрезъ традицію, однако ни до, ни послѣ этого акта не существовало никакого обязательства; точно также если кто-либо проситъ у меня взаймы и я передаю ему просимую сумму денегъ, не будучи предварительно къ тому обязанъ условіемъ.

Скорѣе истинное значеніе justa causa состоитъ въ слѣдующемъ. Традиція можетъ быть предпринята для весьма разнообразныхъ цѣлей: возможно традировать вещь внаймы, на сохраненіе, въ закладъ, безъ передачи права собственности (l);

(l) Въ большинствѣ текстовъ весьма ясно выраженіе traditio относится къ передачѣ юридическаго или интердиктнаго владѣнія, куда принадлежитъ закладъ. Но многіе тексты также употребляютъ его въ смыслѣ передачи простой detentio, куда относится наемъ и

но традиція бываетъ и вслѣдствіе продажи, мѣны, или какъ въ вышеуказанныхъ случаяхъ, въ силу дара, займа; и здѣсь вездѣ совершается переходъ собственности. Въ чемъ же заключается истинное различіе между обоими разрядами этихъ случаевъ? Единственно въ томъ, что въ послѣднихъ прежній собственникъ желаетъ передать собственность, въ первыхъ— не желаетъ. Отсюда слѣдуетъ, что традиція переноситъ собственность по обоюдному согласію обѣихъ сторонъ, участвующихъ въ договорѣ; безъ такого согласія нѣтъ передачи собственности (m).

Все сказанное признано буквально въ одномъ текстѣ Гая и въ одномъ мѣстѣ Институцій, гдѣ требуется только воля; о causa же не говорится ни слова. (n)

Но какъ согласить эти изрѣченія съ вышеприведенными, требующими при традиціи еще justa causa. (примѣч. k)? Предположить здѣсь споръ между древними юристами — очевидно нельзя уже потому, что и та и другая сторона въ доказательство приводитъ Гая; утверждать, что justa causa есть ничто иное, какъ animus transferendi dominii, строго говоря, также нельзя.—Скорѣе, слѣдуетъ смотрѣть на дѣло такимъ образомъ.

Если при традиціи обыкновенно говорилось: этимъ дѣйствіемъ передаю (или не передаю) собственность, то уже этимъ однимъ актомъ передача (или непередача) совершалась прямо и окончательно безъ всякаго дальнѣйшаго изслѣдованія. Но подобное выраженіе у насъ также мало употребительно, какъ было и у Римлянъ; можно даже прямо сказать, что оно пред-

---

поклажа. L. 20 commod. 13. 6, L. 1 § 36. 37 depos. 16. 3. L. 31 loc. 19. 2.

(m) Слѣдовательно традиція есть истинный договоръ, но не обязательственный, а вещный, рѣзко отличающійся отъ обязательственнаго договора (продажа, мѣна и т. д), могущаго служить ей основаніемъ и въ большей части случаевъ дѣйствительно лежащаго въ ея основаніи и предшествующаго ей. Срав. System т. 3 § 140.

(n) L. 9 § 3 de adqu. rer. dom. (41. 1) (Gajus),,... nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi". — § 40 J. de div. rer. (2. 1), буквально воспроизводитъ текстъ Гая. Теофилъ далѣе развилъ это правило.

ставляется слишкомъ абстрактнымъ, слишкомъ теоретичнымъ для такого естественнаго акта, какъ традиція. Поэтому въ сомнительныхъ случаяхъ остается одно надежное для насъ руководство: обращать вниманіе на окружающія обстоятельства, намѣреніе, цѣль, на тѣ юридическія сдѣлки, съ которыми связана и которыми вызвана традиція. Въ этомъ именно и состоитъ истинное значеніе justa causa,—такъ какъ изъ всего сказаннаго всегда можно точно узнать: имѣли-ли стороны намѣреніе передать собственность (какъ напр. при продажѣ или мѣнѣ), или нѣтъ (какъ при наймѣ и поклажѣ)? Съ этой точки зрѣнія можно объяснить и выраженіе praecesserit, не прибѣгая непремѣнно къ понятію обязательства, хотя случай обязательства, предшествовавшаго традиціи, важнѣйшій и употребительнѣйшій. При поданіи нищему милостыни, сквозь внѣшнюю оболочку дѣйствія ярко просвѣчивается предшествующее намѣреніе совершить даръ. Передающій имѣетъ его прежде передачи, и такъ какъ оно, по природѣ своей, направлено на передачу собственности, то и составляетъ justa causa послѣдующей традиціи.

Изъ такого толкованія justa causa вытекаетъ, что вышеприведенные тексты вовсе не противорѣчатъ другъ другу, а только обсуждаютъ и опредѣляютъ предметъ съ различныхъ сторонъ. Одни изъ нихъ требуютъ для традиціи намѣренія передать собственность (примѣч. n), чѣмъ прямо выражаютъ сущность дѣла; другіе требуютъ justa causa (примѣчаніе k) и тѣмъ указываютъ на внѣшній признакъ того намѣренія, которое лежитъ въ юридической сдѣлкѣ, оканчивающейся традиціей. Такимъ образомъ истинный смыслъ обоихъ разрядовъ текстовъ одинъ и тотъ же (o).

Отсюда также ясно, почему о необходимости justa causa упоминается только при традиціи, но не при манципаціи. При традиціи она необходима потому, что здѣсь намѣреніе передать собственность обыкновенно не выражается словами. Напротивъ при манципаціи точнѣйшее выраженіе именно этого намѣренія составляло существенную часть формулы. Новый пріобрѣ-

(o) Въ существенныхъ чертахъ этотъ способъ объясненія justa causa былъ указанъ уже прежде другими учеными. Branchu. Obs. Dec. 2 C. 19.

татель долженъ былъ говорить: эта вещь отнынѣ составляетъ мою собственность, такъ какъ я купилъ ее за представляемыя при этомъ деньги (p), и вручалъ тутъ же деньги прежнему собственнику, чѣмъ оканчивалась символическая продажа. Упоминаніе здѣсь еще и о justa causa, изъ которой можно было заключить о намѣреніи передать собственность,—было бы совершенно излишне.

Наконецъ, отсюда же вполнѣ ясно, что заключеніе по аналогіи отъ необходимости justa causa для традиціи къ необходимости такой же causa для стипуляціи,—основано на простомъ недоразумѣніи.—При традиціи causa требовалась потому, что при этомъ актѣ въ большинствѣ случаевъ не существовало яснаго — выраженнаго намѣренія передать собственность. Вслѣдствіе противоположной причины causa не требовалась при манципаціи. По аналогіи, слѣдовало бы заключить, что causa при стипуляціи требовалась только въ томъ случаѣ, когда намѣреніе обязаться не было выражено въ ней словами и нужно было его выводить искусственно, путемъ умозаключеній.— Но стипуляція весьма ясно выражаетъ именно это намѣреніе и ничего болѣе словами: centum dare spondes?—Spondeo. Поэтому требованіе justa causa, какъ необходимаго положительнаго дополненія при стипуляціи, было бы также неосновательно, какъ и при манципаціи.

III. Наконецъ, новая теорія находитъ себѣ еще третью кажущуюся опору въ юридическихъ правилахъ, истинность и важность которыхъ отнюдь нельзя отвергать; но онѣ не даютъ ей основанія болѣе прочнаго, нежели тѣ родственныя черты, которыя мы разсматривали до сихъ поръ.

Когда собственность передается добровольно и законнымъ

(p) Gajus Lib. 2 § 119: „Is qui mancipio accipit, rem tenens, ita dicit: hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse ajo, isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra". Срав. L. 2 § 104.—Неизвѣстно, произносилъ-ли и прежній собственникъ соотвѣтствующую формулу, выражающую согласіе на отчужденіе; впрочемъ это безразлично, потому что его присутствіе и участіе въ цѣлой операціи, а въ особенности принятіе денегъ за символическую продажу было равносильно согласію, выраженному на словахъ.

способомъ (манципаціею, традиціею и пр.), но прежній собственникъ побуждается къ такой передачѣ недостаточнымъ мотивомъ, въ частности—заблужденіемъ,—то хотя передача сама по себѣ законна и дѣйствительна, однако можетъ быть оспорена и уничтожена впослѣдствіи путемъ цѣлаго ряда тщательно развитыхъ condictiones (condictio indebiti, sine causa, ob causam datorum, ex injusta causa) (g). Развитіе этой важнѣйшей, въ практическомъ отношеніи, теоріи не остановилось на случаѣ отчужденія собственности, но охватило собою также и всѣ другіе способы распространенія нашихъ правъ на чужое имущество, именно обязательства, и завершилось абстрактной идеей имущественнаго пріобрѣтенія или обогащенія. Такъ стипуляція, совершенная подъ вліяніемъ заблужденія, могла быть опровергнута двоякимъ путемъ: по цивильному праву, когда должнику удавалось уничтожить стипуляцію въ силу condictio (indebiti и проч.); по преторскому, когда онъ опровергалъ искъ объ исполненіи стипуляціи путемъ doli exceptio.

Какъ мы замѣтили вначалѣ параграфа, новая теорія опирается на эти принципы слѣдующимъ образомъ. Хотя стипуляція, какъ сдѣлка чисто формальная, могла сама по себѣ служить основаніемъ иска, но чтобы привести къ какимъ нибудь экономическимъ результатамъ, увеличить имущество,—ей нужна была causa, и въ случаѣ отсутствія или недостаточности послѣдней, стипуляція не имѣла такихъ послѣдствій. (r)

Подобная аргументація новой теоріи должна быть отвергнута по двумъ основаніямъ.

A. Каждая юридическая сдѣлка имѣетъ положительныя условія своего существованія и дѣйствительности. По изложеніи ихъ въ теоріи, необходимо указать приложеніе ихъ на практикѣ. Но кромѣ этихъ условій можно представить себѣ большее или меньшее количество случайныхъ недостатковъ или препятствій, дѣйствительное существованіе которыхъ, даже при наличности всѣхъ положительныхъ условій,—исключаетъ вполнѣ или отчасти силу юридической сдѣлки. Отсутствіе такихъ случайныхъ препятствій возможно назвать отрицательными ус-

(p) Срав. System т. 5. Прилож. XIV. Num. VII.
(r) Liebe Stipulation стр. 82—84.

словіями юридической сдѣлки; но было бы однако непослѣдовательностью и скорѣе затемнѣніемъ, нежели выясненіемъ понятія истинной природы юридическихъ отношеній, если бы мы стали сопоставлять эти отрицательныя условія, имѣющія исключительный характеръ, съ положительными, считая ихъ однородными.

Въ этомъ-то нелогическомъ пріемѣ и слѣдуетъ упрекнуть защитниковъ разбираемой теоріи. Въ самомъ дѣлѣ они видятъ въ кондикціи (indebiti и проч.) противъ стипуляціи причину, почему послѣдняя, какъ чисто формальная сдѣлка, должна считаться вполнѣ законною и дѣйствительною только подъ условіемъ causa.

В. Causa, какъ условіе стипуляціи, относится, по словамъ приверженцевъ новой теоріи, къ формальной природѣ стипуляціи,—слѣдовательно, составляетъ особенность этой формальной сдѣлки. Но такое мнѣніе всецѣло опровергается тѣмъ, что causa, которая въ смыслѣ такъ называемаго условія стипуляціи должна содержать въ себѣ возможность уничтоженія стипуляціи путемъ кондикцій и doli exceptio,—встрѣчается также и при реальныхъ сдѣлкахъ древнѣйшаго права, именно при контрактахъ консенсуальныхъ. Древніе юристы ставили послѣдніе договоры въ этомъ отношеніи совершенно на одну линію съ стипуляціею, не дѣлая между ними никакого различія (s). Такимъ образомъ, causa, въ смыслѣ такъ называемой особенности формальной сдѣлки, заключающейся въ стипуляціи, совершенно не выдерживаетъ критики, а съ этимъ вмѣстѣ исчезаетъ и послѣдняя опора разбираемой нами теоріи.

Многіе ученые искали сильной поддержки для этой теоріи въ правилахъ, содержавшихся въ одномъ текстѣ Павла, о доказательствахъ condictio indebiti и особенно въ послѣдней части текста, предписывающаго на случай cautio quae indiscrete lo-

---

(s) L. 5 § 1 de act. emti (19. 1) „Sed et si falso existimans, se damnatum vendere, vendiderit, dicendum est, agi cum eo ex emto non posse, quoniam doli mali exceptione actor summoveri potest: quemadmodum, si falso existimans, se damnatum dare, promisisset, adentem doli mali exceptione summoveret. Pomponius etiam incerti condicere eum posse ait, ut liberetur“.

quitur, что истецъ—кредиторъ обязанъ доказать существованіе юридической сдѣлки, лежащей въ основаніи cautio (t). Текстъ этотъ приводятъ въ доказательство того, что стипуляція получала полную силу только отъ causa—обстоятельства, лежащаго внѣ стипуляціи, которое и требовалось доказать.—Однако большая часть текста, приписываемаго Павлу, принадлежитъ на самомъ дѣлѣ не ему, а скорѣе какому нибудь указу Юстиніана о доказательствахъ, вставленному въ это мѣсто компиляторами. Въ особенности послѣдняя его часть (§ 4) заимствована изъ конституціи Им. Ю с т и н а (u). Впрочемъ происхожденіе текста нисколько не вліяетъ на законную силу изложенныхъ въ немъ правилъ,—потому что, въ томъ видѣ, какъ мы его читаемъ, онъ составляетъ несомнѣнную интегральную часть юстиніанова кодекса. Напротивъ, происхожденіе это пріобрѣтаетъ громадное значеніе, какъ скоро мы захотимъ пользоваться текстомъ,—выходя за предѣлы его прямаго содержанія (касающагося только доказательства, слѣдовательно процесса), что и было сдѣлано въ новѣйшее время,—съ цѣлью извлечь изъ него аргументъ въ пользу матеріальнаго права, т. е. необходимости causa для стипуляціи, аргументъ, нужный для подкрѣпленія разбираемой нами теоріи.—При такомъ пользованіи текстъ, еслибы дѣйствительно принадлежалъ Павлу, могъ бы получить совершенно другой авторитетъ, чѣмъ какой имѣетъ на самомъ дѣлѣ, когда мы должны смотрѣть на большую его часть, какъ на вставку, сдѣланную компиляторами. (v)

Въ заключеніе настоящаго изслѣдованія мы считаемъ долгомъ отдать справедливость автору опровергнутой теоріи causa, какъ необходимаго дополненія стипуляціи (и нашего nudum pactum) въ томъ отношеніи, что онъ не былъ увлеченъ ею до

(t) L. 25 de probat. (22. 3). Указанная нами часть текста есть § 4.

(u) L. 13. C. de non num. pec. (4. 30).

(v) Мнѣнія новѣйшихъ ученыхъ объ этомъ спорномъ мѣстѣ Дигестъ раздѣлились такимъ образомъ: его подлинность и принадлежность Павлу защищаетъ Gneist, formelle Verträge стр. 198—209: оспариваютъ подлинность Windscheid, Lehre von der Voraussetzung стр. 192—202 и Rudorff въ вышеприведенныхъ (примѣч. a) мѣстахъ. Древнѣйшіе ученые, разбиравшіе этотъ вопросъ, указаны у Гнейста, стр. 205.

принятія ложныхъ юридическихъ правилъ. Въ самомъ дѣлѣ единственный практическій выводъ теоріи состоитъ въ признаніи недѣйствительною стипуляціи вслѣдствіе ошибочной или вообще недостаточной causa, — выводъ вполнѣ вѣрный и неподлежащій никакому сомнѣнію. Такимъ образомъ весь споръ принимаетъ чисто теоретическій характеръ, такъ какъ касается лишь установленія и вывода правовыхъ понятій и принциповъ. Изъ этого впрочемъ не слѣдуетъ, что разобранный нами вопросъ—пустой или маловажный; трудно сказать, куда привелъ бы, при неуклонномъ слѣдованіи, тотъ ложный путь, о которомъ мы говорили.

§ 79.

I. Договоръ. B. Послѣдствіе.—Усиленное послѣдствіе.

До сихъ поръ мы говорили о нормальныхъ послѣдствіяхъ договоровъ (§ 72. до 78); Намъ остается дополнить наше изложеніе двустороннимъ уклоненіемъ отъ нормы. Уклоненіе можетъ состоять или въ усиленіи (Verstärkung), или ослабленіи (Schwächung) нормальнаго дѣйствія договора (§ 72).

Усиленное дѣйствіе обусловливается слѣдующими произвольными придатками къ договору.

1. Задаткомъ.
2. Договорною пенею (неустойкою),
3. Присягою.
4. Залогомъ.
5. Дополнительными договорами.

---

1. Задатокъ.

Нерѣдко, при заключеніи договора, одна сторона даетъ другой въ обезпеченіе деньги или же другія вещи (a). По обще-

(a) L. 11 § 6 de act. emti (19. 1), L. 5 § 15 de inst. act. (14. 3).

му правилу, этотъ задатокъ считается признакомъ заключеннаго контракта и, по волѣ частныхъ лицъ, въ отдѣльныхъ случаяхъ сообщаетъ ему тоже значеніе, какое вообще имѣла римская стипуляція,—договоръ чисто формальный (b).

Этимъ характеромъ задатка опредѣляется его нормальное вліяніе какъ на собственность предмета, отданнаго въ задатокъ, такъ и на силу самаго договора.

А. Собственность на отданный предметъ.

По общему правилу, задатокъ долженъ служить только указаніемъ на существованіе другой юридической сдѣлки, а отсюда слѣдуетъ, что онъ установляется не съ цѣлью обогатить получателя. Такимъ образомъ если договоръ исполняется, то покупатель засчитываетъ деньги, отданныя имъ въ видѣ задатка въ покупную цѣну, а продавецъ, давшій задатокъ, можетъ требовать его обратно. Точно то же будетъ, если стороны добровольно прекращаютъ договоръ (c).

В. Вліяніе на силу договора.

Многіе ученые считали задатокъ отступными деньгами (Reuegeld), въ томъ смыслѣ, что дающій, жертвуя имъ, а получающій, возвращая его въ двойномъ количествѣ, могутъ по произволу отказаться отъ договора. Если бы такой взглядъ былъ справедливъ, то задатокъ, очевидно, служилъ бы не усиленіемъ, а ослабленіемъ договора, совершенно вопреки природѣ и назначенію, какое ему приписываютъ наши источники

(b) Срав. выше § 74.—pr. J. de emt. (3. 23) „Nam quod arrhae nomine datur, argumentum est emtionis venditionis contractae“.—L. 35 pr. de contr, emt. (18. 1). „Quod saepe arrhae nomine pro emtione datur, non eo pertinet, quas sine arrha conventio nihil proficiat: sed ut evidentius probari possit, convenisse de pretio“.—Подробнѣйшее изслѣдованіе о задаткѣ принадлежитъ Lauterbach'y, de arrha, Diss. Vol. 1. N. XI.

(c) L. 11 § 6 de act. emti (19. 1), L. 8 de L. commiss. (18. 3) Истецъ имѣетъ право выбора между договорнымъ искомъ и condictio sine causa.—Исключенія по общему праву, когда задатокъ теряется дающимъ его, будутъ сейчасъ указаны. Въ мѣстныхъ обычныхъ правахъ часто встрѣчаются задатки, которые не возвращаются напр. въ случаѣ найма прислуги. Unterholzner Schuldverhältnisse т. 1 § 31 Num. IV.

(примѣч. b). Въ возможности заключенія подобнаго договора съ правомъ отказаться отъ него подъ условіемъ потери извѣстной денежной суммы нѣтъ никакого сомнѣнія. Но право это должно быть ясно выражено; оно никогда не подразумѣвается и задатокъ, самъ по себѣ, безъ подобной ясной оговорки, не можетъ быть понимаемъ въ такомъ смыслѣ, а скорѣе въ противоположномъ, сейчасъ нами указанномъ (d).

Нѣсколько исключительный характеръ получаетъ задатокъ въ слѣдующихъ случаяхъ.

Въ договорѣ о продажѣ можетъ быть опредѣлено извѣстное время для уплаты денегъ съ оговоркою, что при неуплатѣ въ срокъ продавецъ можетъ отказаться отъ продажи (Lex commissaria). Если въ подобномъ случаѣ покупщикъ далъ задатокъ, то продавецъ, отказывающійся отъ договора, можетъ удержать его (e).

Если заключеніе договора обусловлено соблюденіемъ какой-либо извѣстной формы, то послѣдняя оговорка имѣетъ тотъ смыслъ, что до осуществленія этой формы каждая сторона можетъ произвольно отказаться отъ договора (§ 77 e). При отдачѣ здѣсь задатка, отдавшій, въ случаѣ отказа съ своей стороны, теряетъ задатокъ, получившій, при такомъ же отказѣ, обязанъ возвратить задатокъ въ двойномъ количествѣ (f). Это постановленіе главнымъ образомъ имѣло мѣсто при спеціально обусловленной формѣ, и какъ самой употребительной при письменной формѣ (emtiones quae scriptura conficiuntur). Очевидно, что и тутъ возможность отказа нисколько не связана съ задаткомъ, но съ установленной формой договора и могла бы осуществиться равнымъ образомъ и безъ задатка.

Но здѣсь возникаетъ сомнѣніе и затрудненіе,—въ виду того обстоятельства, что оба постановленія Юстиніана совершенно неосновательно допускаютъ потерю задатка, когда договоръ заключенъ и безъ соблюденія условленной формы (sive in scriptis, s i v e s i n e s c r i p t i s venditio célebrata est.) (g). Въ

(d) Lauterbach § 105. 109. (18. 3).
(e) L. 6 pr. L. 8 d e L. c o m m i s s.
(f) L. 17 C. d e f i d e i n s t r. (4. 21). p r. J. d e e m t. (3.23)
(g) Такъ въ обоихъ вышеприведенныхъ текстахъ (примѣч. f).

этомъ случаѣ исполненіе могло быть требуемо исковымъ порядкомъ, а потому и не было никакого разумнаго основанія допускать потерю задатка.

Для устраненія затрудненія, нѣкоторые придавали текстамъ тотъ смыслъ, будто они говорятъ о такихъ только договорахъ, которые вполнѣ еще не заключены, по отсутствію чего-либо напр. когда стороны условились заключить договоръ о продажѣ извѣстнаго дома, но не вполнѣ сошлись еще въ подробностяхъ (h). Однако такого толкованія нельзя допустить уже потому, что характеръ и цѣль задатка предполагаетъ содержаніе договора вполнѣ опредѣленнымъ, на какой фактъ задатокъ именно и указываетъ (примѣч. b.).

Простѣйшее объясненіе, ближе всего подходящее къ буквальному смыслу текста, состоитъ въ слѣдующемъ. Когда заключается договоръ sine scriptis и обезпечивается еще задаткомъ,—то сторона, отказывающаяся отъ исполненія, можетъ быть понуждена къ тому искомъ, такъ какъ договоръ въ силу задатка сталъ для нея обязательнымъ; сверхъ того, она еще теряетъ задатокъ въ видѣ штрафа за неправый отказъ (i).

Впрочемъ весь спорный вопросъ не имѣетъ большаго значенія потому, что величина задатка въ большей части случаевъ ничтожна сравнительно съ предметомъ самаго договора. Онъ становится важнымъ только, когда задатку придается неправильно смыслъ отступныхъ денегъ (примѣч. d).

(h) Lauterbach § 112—114. Vinnius и Schrader въ ихъ примѣчаніяхъ къ приведеннымъ текстамъ институцій.

(i) Слѣдовательно, въ этомъ случаѣ задатокъ долженъ имѣть характеръ условной пени и даже въ строжайшемъ смыслѣ слова (§ 80. i). Нѣкоторые полагаютъ безъ всякаго основанія, что сторона, желающая поддержать договоръ, имѣетъ только право выбора—получить задатокъ или искать объ исполненіи договора. Такъ Azo in L. 17. C. cit и Glossa ibid. Но буквальный смыслъ текста мало благопріятствуетъ такому объясненію.

§ 80.

I. Договоръ. Д. Послѣдствіе. Усиленное послѣдствіе (Продолженіе).

2. Неустойка (Conventionalstrafe).

Литература.

Puchta Pandecten § 231 и Vorlesungen § 231.

Liebe Stipulation § 24.

Vangerow. стр. 334—342 и указанныя имъ на стр. 334 сочиненія.

Неустойкою называется условленное обѣщаніе что-либо дать, съ цѣлью содѣйствовать наступленію противнаго выраженному условію.

Обыкновенно выговаривается извѣстная сумма денегъ, но и другія вещи могутъ быть предметомъ неустойки.

Господствующею формою этого договора у Римлянъ была стипуляція; но неустойку можно было отыскивать и по консенсуальному контракту въ силу pactum adjectum (a).

Условіе неустойки можетъ состоять въ дѣйствіи или въ бездѣйствіи обѣщающаго.

Съ такой точки зрѣнія разсматриваемая юридическая сдѣлка представляется въ миніатюрѣ уголовнымъ постановленіемъ, основаннымъ на произволѣ частныхъ лицъ,—такъ какъ, въ силу ея, обѣщающій будетъ побуждаться страхомъ заплатить неустойку къ тому дѣйствію или бездѣйстію, котораго домогается его противникъ.

Простѣйшею формою юридической сдѣлки, о которой идетъ рѣчь, будетъ та, гдѣ условленное обѣщаніе есть единственный ея предметъ. Тогда неустойка составляетъ исключительное со-

---

(a) L. 7 de servis export. (18. 7) „convenit citra stipulationem, ut poenam praestaret emtor“...L. 6 § 1 eod.—Сомнѣніе, возбуждаемое первымъ текстомъ, относительно силы договора о неустойкѣ, основывалось на безнравственной, будто бы, цѣли договора, а не на его недостаткахъ съ формальной стороны.—Срав. объ этихъ текстахъ: Liebe Stipulation стр. 307. 308.

держаніе обязательства, и дѣйствіе, ради котораго она установляется, представляетъ только условіе, т. е. простое средство избѣжать платежа неустойки (b).

Если условіе заключается въ бездѣйствіи, въ допущеніи извѣстнаго дѣйствія другой стороны, то цѣлесообразнѣе будетъ опредѣлить срокъ, до истеченія котораго должно быть совершено дѣйствіе подъ страхомъ неустойки, если такого срока не опредѣлено, то неустойка не взыскивается только въ томъ случаѣ, когда дѣйствіе стало невозможнымъ.

Въ такомъ простѣйшемъ видѣ, неустоичный договоръ аналогиченъ съ договоромъ о самомъ дѣйствіи. Подобно тому какъ послѣдній непосредственно вынуждаетъ извѣстное дѣйствіе путемъ иска, направленнаго именно на это дѣйствіе, такъ точно и неустоичный договоръ косвенно вынуждаетъ тоже дѣйствіе страхомъ взысканія неустойки. Неустоичный договоръ является тогда добровольно избраннымъ суррогатомъ главнаго договора и по большей части будетъ наилучшимъ средствомъ къ достиженію цѣли. Но неустоичный договоръ возможенъ и въ тѣхъ случаяхъ, если договоръ о самомъ дѣйствіи не возможенъ, что имѣетъ мѣсто въ особенности, когда два лица желаютъ гарантировать удовлетвореніе, которое должно быть совершено третьимъ лицомъ или въ пользу третьяго лица (d).

(b) L. 44 § 5 de O. et A. (44. 7) „Si ita stipulatus sim: si fundum non dederis, centum dare spondes? sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus“. L. 68 de V. O. (45. 1), L. 115 § 2 de V. O. (45. 1). Къ нашему случаю относится главнымъ образомъ первый примѣръ этого текста: si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?“ Къ этому же примѣру возвращается Папиніанъ впослѣдствіи въ такихъ выраженіяхъ: si stipulatione non a conditione coepit, veluti: si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?“ Такимъ образомъ онъ характеризуетъ намъ случай какъ stipulatio a conditione incipiens, въ противоположность той стипуляціи, гдѣ сначала обѣщается дѣйствіе, а потомъ къ ней присоединяется вторая стипуляція, установляющая неустойку.

(c) L. 115 pr. § 1. 2 de V. O. (45. 1). О рѣшеніи остальныхъ случаевъ, упомянутыхъ въ § 2, рѣчь будетъ впереди.

(d) См. выше § 59 n. — Тоже самое относится и къ рѣшенію третейскаго суды; силу подобной сдѣлки Римляне всегда старались обезпечить договоромъ о неустойкѣ, признавая, что прямо

Вотъ почему при неустоичномъ договорѣ такого рода совершенно безразлично: заинтересованъ ли самъ кредиторъ въ дѣйствіи и пропорціальна-ли стоимость его интереса обѣщанной неустойкѣ (e)?

Изложенная простѣйшая форма неустоичнаго договора имѣетъ весьма не большое значеніе и встрѣчается рѣже слѣдующей сложной формы.

Въ обязательственномъ соглашеніи обѣщается сначала дѣйствіе или бездѣйствіе, а за тѣмъ присоединяется къ нему договоръ о неустойкѣ, на случай неисполненія перваго договора.

Въ такой комбинаціи неустоичный договоръ представляется усиленіемъ (обезпеченіемъ) обязательственнаго договора. Вотъ причина, побуждающая насъ говорить о немъ именно здѣсь.

Дѣйствіе его двояко: во первыхъ, онъ составляетъ новое побужденіе къ исполненію въ виду страха взысканія неустойки; во вторыхъ, онъ облегчаетъ отысканіе правъ, вытекающихъ изъ перваго договора.

Облегченіе состоитъ въ томъ, что кредиторъ избавляется отъ обязанности представлять доказательства, иногда весьма трудныя и сомнительныя, относительно величины своего интереса (f); равнымъ образомъ онъ избавляется отъ обязанности напоминанія должнику о своемъ требованіи: такого напоминанія при неустоичныхъ договорахъ не требуется (g).

Такимъ образомъ цѣль неустоичнаго договора всегда одна и таже—подкрѣпленіе главнаго договора.—Поэтому взглядъ на неустойку, какъ на денежный задатокъ, въ силу котораго должникъ можетъ произвольно отказаться отъ исполненія главнаго договора, будетъ полнымъ непониманіемъ цѣли неустоичнаго договора, не подлежащей сомнѣнію въ принципѣ (h).

принудить кого либо къ исполненію рѣшенія третейскаго суда не возможно.

(e) § 19 J. de inut. stip. (3. 19), L. 38 § 17 de V. O. (45. 1).

(f) § 7 J. de V. O. (3. 15), L. 11 de stip. praet. (46. 5).

(g) L. 12 C. de contr. et comm. stip. (8. 38), L. 23 de O. et A. (44. 7).

(h) Lauterbach de poena conventionali § 65, Diss. Vol. 3

Разумѣется, стороны могутъ придать и такой смыслъ неустоичному договору, но тогда онъ будетъ уже не подкрѣпленіемъ, а ослабленіемъ главнаго договора. Подобное значеніе неустойки никогда не предполагается само собою и оно должно быть ясно выражено сторонами.

Но особую важность представляетъ отношеніе неустоичнаго договора къ главному. Оно выражается двояко: кумулятивно или альтернативно.

Отношеніе обоихъ договоровъ бываетъ кумулятивнымъ въ томъ случаѣ, когда представляется возможность требовать за разъ и исполненія главнаго договора и платежа неустойки. Такое отношеніе не предполагается, но должно ясно вытекать изъ особаго соглашенія сторонъ или изъ прямаго содержанія обоихъ договоровъ (i).

Альтернативнымъ отношеніемъ, составляющимъ общее правило, называется такое, когда нельзя предъявить оба требованія вмѣстѣ, а только одно изъ нихъ. Отсюда возникаетъ вопросъ: которое же изъ двухъ должно быть предъявлено? Римскіе юристы различали два случая, смотря потому, былъли главный договоръ стипуляція или договоръ bonae fidei. Въ первомъ случаѣ они признавали прекращеніе главнаго договора quasi novatione и слѣдовательно допускали только взысканіе неустойки (k). Во второмъ они предоставляли на выборъ

---

p. 439.—Это отношеніе вполнѣ аналогично тому, которое мы видѣли при задачѣ, срав. выше § 79 d.

(i) L. 115 § 2 de V. O. (45. 1)„...potest Sabini sententia recipi, si...ita concepta sit stipulatio: Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes? quod sine dubio verum erit, quum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo, et pecunia debeatur“. Также: L. 16 de transact. (2. 15). Изъ особаго содержанія обоихъ договоровъ можно заключить о такомъ намѣреніи сторонъ, хотя бы оно и не было ясно выражено,—напр. въ этомъ случаѣ, когда неустоичный договоръ, сравнительно съ денежною стоимостью исполненія главнаго договора, представляется такъ несоразмѣрно ничтожнымъ, что стороны не могли бы считать его замѣною исполненія, а только усиленіемъ побужденія къ исполненію. Чѣмъ выше неустойка, тѣмъ невѣроятнѣе такое толкованіе договора.

(k) L. 44 § 6 de O. et A. (44. 7) (Paulus): „Sed si navem fieri stipulatus sum, et si non feceris, centum, videndum, utrum duae

кредитора: предъявить или только требованіе объ исполненіи или только требованіе неустойки (въ интересахъ исполненія), при чемъ кредиторъ, имѣлъ еще то преимущество, что не былъ связанъ этимъ выборомъ; напротивъ, онъ могъ, по предъявленіи одного иска, воспользоваться еще и другимъ, впрочемъ только для дополнительнаго взысканія того, чего онъ не получилъ по первому иску (l). Правило втораго случая вообще примѣняется и въ дѣйствующемъ правѣ.

Въ дополненіе къ ученію о договорной неустойкѣ прибавимъ еще слѣдующее.

A. Во 1-хъ, спрашивается: съ какого момента времени требованіе неустойки становится возможнымъ?

Если рѣчь идетъ о бездѣйствіи, то требованіе ея становится возможнымъ съ момента наступленія противоположнаго дѣйствія.

Если было обѣщано совершеніе извѣстнаго дѣйствія и при томъ въ опредѣленный моментъ времени, то требованіе неустойки становится возможнымъ тотчасъ по истеченіи этого момента безъ ожидаемыхъ послѣдствій; здѣсь нѣтъ надобности въ напоминаніи (m).

---

stipulationes sint, pura et conditionalis, et existens sequentis conditio non tollat priorem, an vero transferat in se, et quasi novatio prioris fiat: quod magis verum est".—L. 115 § 2 de V. O. (45. 1) (Papinianus): За текстомъ, приведеннымъ въ примѣч. i, идетъ слѣдующій: „...Sed et si ita cautum sit, ut sola pecuniaнon soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur, aut pecunia petatur". — Конечный результатъ и здѣсь тотъ же, что и въ болѣе простомъ случаѣ, упомянутомъ выше въ примѣч. b. Однако же оба случая не тождественны, отличаются одинъ отъ другаго по формѣ, а потому нѣтъ никакого противорѣчія въ томъ, что оба они обсуждаются различно въ другомъ отношеніи, именно касательно срока для иска (см. ниже примѣч. n). О приведенныхъ текстахъ, особенно о первомъ, много спорили и писали. Срав. Licbe Stipulation стр. 317—319, Vangerow стр. 339.

(l) L. 41. 42. 71 pr. pro socio (17. 2), L. 28 de act. emti (19. 1) L. 10 § 1 de pactis (2. 14), L 16 de transact. (2. 15), L. 40 C. eod. (2. 4).

(m) L. 23 de O. et A. (44. 7), L. 12 C. de contr. et comm. stip. (8. 38).

Если не назначено опредѣленнаго момента времени, то, при простомъ неустоичномъ договорѣ (примѣч. b), слѣдуетъ выжидать до тѣхъ поръ, пока неисполняемое дѣйствіе представляется еще возможнымъ (примѣч. c).

При неустоичномъ договорѣ, состоящемъ въ связи съ главнымъ, требованіе неустойки можетъ быть предъявлено, по мановеніи первой возможности совершенія неисполненнаго дѣйствія (n).

B. Во 2-хъ спрашивается: вмѣняется ли должнику въ вину фактъ, служащій основаніемъ неустойки, или же онъ освобождается отъ взысканія ея въ томъ случаѣ, когда ему невозможно было предотвратить наступленіе этого факта?—Рѣшеніе вопроса зависитъ отъ той или другой господствующей точки зрѣнія на дѣло.

Если обратить вниманіе на букву стипуляціи, т. е. принимать за условіе неустойки дѣйствіе или бездѣйствіе само по себѣ, то вопросъ о вмѣненіи является безразличнымъ и невозможность ихъ не освобождаетъ должника отъ платежа неустойки.—Такъ въ дѣйствительности обсуждаютъ римскіе юристы простой неустоичный договоръ (o); также они смотрятъ и на сложный, какъ скоро главный договоръ основанъ на чистой стипуляціи, вытекающей изъ воли частныхъ лицъ (p); въ этомъ случаѣ вопросъ невмѣняемости не имѣетъ мѣста (q).

(n) L. 115 § 2 de V. O. (45. 1). Выше (примѣч. k) было уже замѣчено, что обсужденіе этого случая не противорѣчитъ обсужденію простаго неустоичнаго договора.

(o) L. 8 de V. O. (45. 1).

(p) Слѣдовательно также и на stipulatio conventionalis въ противоположность praetoria или judicialis. L. 5 pr. de V. O. (45. 1).

(q) L. 77 de V. O. (45. 1), L. 9 de naut. foen. (22. 2). Въ обоихъ текстахъ предполагается, что въ опредѣленный день слѣдовало уплатить извѣстную денежную сумму, но что должникъ умеръ и нѣтъ еще на лицо наслѣдника.—L. 22 pr. ad L. Aquil. (9. 2) „Proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc judicium“. (Срав. L. 21 § 2 eod. „ut ejus quod interest fiat aestimatio“). Отсюда слѣдуетъ, что должникъ, обѣщающій передачу въ собственность раба, подъ условіемъ неустойки, не освобождается отъ ея платежа, если третье лицо убьетъ раба, слѣдовательно сдѣлаетъ передачу невозможною.—Повидимому, такому воззрѣнію противорѣчитъ L. 69 de V. O.

Если же, напротивъ, держаться не буквы договора, а обращать вниманіе на вышесказанную цѣль неустоичнаго договора, состоявшаго въ побужденіи къ дѣйствію или бездѣйствію, то вопросъ о вмѣняемости пріобрѣтаетъ рѣшительное значеніе, потому что страхъ уплатить неустойку лишается всякой силы, какъ скоро дѣйствіе или бездѣйствіе, имѣющія совершиться, оказались невозможными для должника. Послѣдовательность должна была привести римскихъ юристовъ къ такому обсужденію случаевъ, въ которыхъ главный договоръ былъ bonae fidei, потому что здѣсь шла рѣчь только объ одной цѣлесообразности, а также и случаевъ стипуляцій преторскихъ и судебныхъ, въ основаніи которыхъ лежала bona fides, а не строгая буква договора (r). Относительно послѣдняго класса сохранилось достаточное количество единогласныхъ свидѣтельствъ, не оставляющихъ никакого сомнѣнія насчетъ взгляда древнихъ юристовъ на данный вопросъ (s).

Этотъ послѣдній взглядъ одинъ и можетъ имѣть значеніе для дѣйствующаго права, такъ что для насъ договорная неустойка умѣстна по отношенію только къ тѣмъ должникамъ, которымъ можетъ быть вмѣнено неисполненіе договора (t).

„Si homo mortuus sisti non potest, nec poena rei impossibilis committetur: quemadmodum si quis Stichum mortuum dari stipulatus, si datus non esset, poenam stipuletur“. Первый изъ этихъ случаевъ относится къ рязряду преторскихъ стипуляцій, обсуждаемыхъ по совершенно иному принципу, о которомъ мы сейчасъ скажемъ (примѣч. s); второй-же предполагаетъ въ видѣ главнаго договора обѣщаніе передать въ собственность уже умершаго раба, обѣщаніе, ничтожное съ самаго начала [L. 1 § 9 de O. et A. (44. 7), L. 103 de V. O. (45. 1)], влекущее за собою слѣдовательно и ничтожество акцессорнаго неустоичнаго договора.

(r) Срав. System т. 5 прилож. XIII. Num. XIX и прилож. XII Num. VIII примѣч. c.

(s) L. 2 § 1 L. 4 pr. § 1 si quis caut. (2. 11), L. 21 § 9 de receptis (4. 8), L. 69 de V. O. (45. 1), касательно послѣдняго содержащагося здѣсь случая (смотр. выше примѣч. q). Въ этихъ текстахъ вмѣняемость обсуждается по весьма мягкому и снисходительному принципу.

(t) Мнѣнія объ этомъ спорномъ вопросѣ весьма различны. Срав. Wolff. Mora. Стр. 38 и слѣд. Vangerow стр. 337 и слѣд.

С. По общему правилу, договорная неустойка считается дѣйствительною и дозволенною юридическою сдѣлкою. Но она, какъ и всякій другой договоръ, можетъ стать недозволенною и недѣйствительною, какъ скоро ею достигается какая-либо противная праву или нравственности цѣль.

Сюда относятся слѣдующіе случаи.—Если къ договору о займѣ присоединяется договоръ о неустойкѣ, прикрывающій своимъ именемъ лихвенные проценты, то такой договоръ ничтоженъ (u). Также ничтоженъ неустоичный договоръ, стѣсняющій свободу вступленія или расторженія его (v),—или же свободу наслѣдодателя въ выраженіи послѣдней воли (w).—Тоже слѣдуетъ сказать и о всякомъ неустоичномъ договорѣ, поощряющемъ какое-либо постыдное дѣйствіе (x).

Напротивъ дозволителенъ и дѣйствителенъ неустоичный договоръ, имѣющій противоположный характеръ, т. е. дающій новый толчекъ къ достиженію какой-либо нравственной цѣли. Къ этой категоріи относится случай, когда мужъ обѣщаетъ своей женѣ, подъ страхомъ неустойки, прекратить связи съ прежней конкубиной; подобный договоръ называется ex bonis moribus concepta stipulatio (y).

---

3. Присяга.—Слѣдующимъ средствомъ для подкрѣпленія договора можетъ еще служить присяга и именно относящаяся къ будущему (промиссорная). Я говорилъ уже въ другомъ мѣстѣ объ этомъ способѣ усиленія (z).

4. Дополнительные договоры, присоединяемые къ главному, отчасти самимъ должникомъ, отчасти другимъ лицомъ.

(u) L. 44 de usuris (22. 1), L. 13 § 26 de act. emti (18. 1).

(v) L. 134 pr. de V. O. (45. 1), L. 8 C. de inut. stip. (8. 39).

(w) L. 61 de V. O. (45. 1).

(x) L. 123 de V. O. (45. 1).

(y) L. 121 § 1 de V. O. (45. 1).

(z) System т. 7 § 309. Срав. также Puchta Pandecten § 253 и Vorlesungen § 253.

Сюда относятся: поручительство и конститутъ, о которыхъ мы скажемъ въ спеціальной части обязательственнаго права.

---

5 Закладное право. Послѣднимъ средствомъ къ подкрѣпленію обязательства служитъ закладное право, состоящее въ искусственной связи права на извѣстную вещь (jus in re) съ обязательствомъ. Оно можетъ быть удовлетворительно изложено только въ ученіи о вещномъ правѣ вообще.

§ 81.

I Договоръ. Д. Послѣдствіе.—Ослабленное послѣдствіе.

Нормальное дѣйствіе договора (§ 72) подвержено модификаціямъ, отчасти вслѣдствіе подкрѣпленія, отчасти вслѣдствіе ослабленія.—Разсмотримъ теперь ослабленное дѣйствіе, (подъ которымъ разумѣется и совершенно ничтожное).

Разнообразныя вліянія, обусловливающія подобное ослабленіе, не составляютъ исключительной особенности договоровъ, но общи и всѣмъ другимъ выраженіямъ воли,—а потому характеръ ихъ былъ указанъ уже въ другомъ мѣстѣ. Сюда относится принужденіе, обманъ и заблужденіе (a). Но самый родъ вліянія всѣхъ перечисленныхъ причинъ ослабленія договоровъ можетъ быть объясненъ не теперь, а только въ спеціальной части обязательственнаго права въ связи съ деликтами (b).

Только одинъ изъ случаевъ этой категоріи требуетъ здѣсь подробнаго изложенія, именно—невозможность исполне-

---

(a) Срав. System. т. 3 § 114. 115.

(b) Именно съ тѣми деликтами, существо которыхъ состоитъ не въ нарушеніи матеріальнаго права, а въ цѣляхъ, противныхъ праву (незаконность и произволъ). Но это имѣетъ мѣсто только по-отношенію къ принужденію и обману въ силу actio и exceptio metus, actio и exceptio doli. Заблужденіе можетъ ослабить дѣйствіе договора не по общему правилу, а по исключенію. Срав. System т. 3, Прилож. VIII Num. X. XI. XII.

нія, въ силу которой само обязательство становится ничтожнымъ (c).

Мы уже имѣли случай опредѣлить понятіе и различныя причины этой невозможности, именно въ приложеніи къ обязательствамъ вообще, а потому въ настоящее время намъ достаточно будетъ вспомнить сказанное въ общихъ чертахъ по отношенію къ договорамъ (d). Сущность дѣла сводится къ слѣдующимъ принципамъ, приложимымъ ко всѣмъ обязательствамъ вообще. Дѣйствіе становится невозможнымъ въ силу естественныхъ или юридическихъ причинъ.—Безнравственное или противное праву дѣйствіе само по себѣ, конечно, возможно, но въ юридическомъ смыслѣ, въ особенности въ приложеніи къ обязательствамъ, считается невозможнымъ.—Признается только невозможность, вытекающая изъ природы самаго дѣйствія (объективная), а не изъ личнаго положенія должника (субъективная).

Послѣдствій невозможности нельзя опредѣлить для обязательствъ вообще. Вотъ почему намъ необходимо было отложить разсмотрѣніе этого вопроса до изложенія ученія о дѣйствіи договоровъ (e); разсмотримъ же его здѣсь въ связи съ изслѣдованіемъ объ ослабленномъ дѣйствіи обязательствъ вслѣдствіе внѣшнихъ вліяній.

Подъ невозможностью, о которой мы говоримъ, слѣдуетъ разумѣть ту, которая существовала во время первоначальнаго возникновенія обязательства, т. е. въ моментъ заключенія договора;—если же она обнаружилась только впослѣдствіи (напр. проданная лошадь околѣваетъ до передачи),—то разсмотрѣніе ея не можетъ относиться къ области настоящаго изслѣдованія (первоначальнаго возникновенія обязательствъ), но къ ученію о превращеніи обязательствъ (§ 51), въ которомъ господствуютъ особые принципы.

Бѣглый обзоръ упоминаемыхъ въ нашихъ источникахъ слу-

(c) Срав. Puchta Pandecten § 220. Vorlesungen § 220 Unterholzner schuldverhältnisse т. 1 § 100—102.

(d) См. выше § 37. Срав. еще слѣдующія мѣста: System т. 3 стр. 302—304 и т. 3 § 121 до 124.

(e) См. выше стр. 261.

чаевъ невозможности исполненія обязательства послужитъ намъ введеніемъ къ послѣдующему обсужденію самихъ правилъ, приложимыхъ къ этимъ случаямъ.

Въ большинствѣ ихъ невозможность относится къ обязательствамъ, имѣющимъ цѣлью что либо дать, слѣдовательно передачу собственности, или пользованія вещью на правѣ собственности.

Такая передача невозможна, когда вещь, служащая ея объектомъ, никогда не существовала (f), или же погибла (g), или-же не могла существовать, какъ напр. баснословное животное (h).—Тоже будетъ, если предметъ, по принципамъ права, не можетъ быть объектомъ собственности (quod in commercio non est), каковы напр. res sacra или publica, или свободный человѣкъ, которымъ желали бы распорядиться какъ рабомъ; далѣе, если вещь, которую слѣдуетъ передать, находится уже въ собственности кредитора, слѣдовательно не можетъ быть передана ему опять (i). Далѣе, если предметъ не составляетъ наличнаго открывшагося наслѣдства, потому что предполагаемый наслѣдодатель еще живъ (k).—Наконецъ невозможность можетъ имѣть въ основаніи своемъ различныя случайности когда напр. обязательство поставлено въ зависимость отъ невозможнаго условія (l), или является неисполнимымъ по вре-

(f) Такъ напр. если стороны по обыкновенію предполагаютъ существующею вещь, которую слѣдуетъ передать, потому что договоры, имѣющіе объектомъ вещь, будущее существованіе которой вѣроятно, или возможно (spes et res sperata), позволительны и дѣйствительны. L. 8 L. 34 §. 2 de contr. emt. (18. 1).

(g) Несомнѣнною погибелью можно считать смерть раба или животнаго. Истребленіе дома или лѣса пожаромъ не считается погибелью потому, что почва, на которой они стояли, еще существуетъ. Но насколько столь существенное измѣненіе формы должно считаться погибелью въ юридическомъ смыслѣ,—слѣдуетъ обсуждать сообразно обычаямъ юридическаго оборота. L. 57. 58. de contr. стр. (18. 1). Срав. System т. 3 стр. 284.

(h) §. 1 J. de inut. stip. (3. 19), L. 97 pr. de V. O. (45. 1).

(i) § 1. 2 J. de inut. stip. (3. 19), L. 1 § 9 de O. et. A. (44. 7), L. 83 § 5 L. 103 de V. O. (45. 1), L. 182 de R. J. (50. 17).

(k) L. 7. 8. 9 de hered. vel act. (18. 4).

(l) L. 31 de O. et A. (44. 7). (Срав. System т. 3 § 121—124)

мени. Такъ, если кто-либо обѣщаетъ въ Римѣ уплатить въ тотъ же день извѣстную сумму въ Карѳагенѣ (m).

Послѣ этихъ предварительныхъ замѣчаній я перехожу къ самимъ правиламъ.

На первомъ мѣстѣ стоитъ правило, что всякое невозможное обязательство должно считаться несуществующимъ (n) безъ различія видовъ самихъ договоровъ и безъ отношенія къ сознанію сторонъ.

Правило это примѣняется ко всѣмъ стипуляціямъ, имѣющимъ предметомъ невозможную передачу чего либо или невозможное дѣйствіе (o); въ частности оно примѣняется къ стипуляціямъ подъ невозможными условіями (p), а также къ обѣщанію безнравственныхъ или противныхъ праву дѣйствій (q).

Многіе изъ приведенныхъ текстовъ упоминаютъ наряду съ невозможностью исполненія о невѣдѣніи кредитора (r). Подобное сопоставленіе ввело въ заблужденіе многихъ юристовъ, полагавшихъ, что это невѣдѣніе и было условіемъ ничтожества сдѣлки и наоборотъ, что стипуляція должна имѣть силу, если кредиторъ зналъ о невозможности. На самомъ же дѣлѣ это далеко не такъ; напротивъ, знаніе кредитора могло быть только новымъ и еще сильнѣйшимъ препятствіемъ для дѣйствительности стипуляціи (s). Быть можетъ, вышесказанное

(m) § 5 J. de V. O. (3. 15).

(n) L. 185 de R. J. (50. 17) „Impossibilium nulla obligatio est“.— L. 31 eod. (pactum и stipulatio упоминаются рядомъ).

(o) L. 35 pr. de V. O. (45. 1) „Si stipulor, ut id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligatio consistit, quam cum stipulor, ut detur, quod dari non potest“..., §. 1. 2 J. de inut. stip. (3. 19), L. 1 § 9. de O, et. A. (44. 7).

(p) L. 1 § 11 L. 31 de O. et A (44. 7). Здѣсь рядомъ съ стипуляціей упоминается и купля.

(q) L. 26, L. 27 pr. de V. O. (45. 1), L. 15 de cond. inst. (28. 7).

(r) § 1 J. de inut. stip. (3. 19) „veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat“... §. 2 J. eod. „quem servum esse credebat“... L. 1 § 9 de O. et A (44. 7) „naturali ratione inutilem esse stipulationem, veluti si de homine libero... facta sit stipulatio, inter eos, qui ignoraverint, eum hominem liberum esse“...

(s L. 31 de O. et A. (44. 7).

упоминается только съ цѣлью дать читателю ясное понятіе о столь несообразномъ договорѣ; но возможно, что упоминаніе это слѣдуетъ принимать въ томъ смыслѣ, что стипуляція должна считаться ничтожною, хотя кредиторъ и зналъ о невозможности (t),—въ чемъ, впрочемъ, можно сомнѣваться, имѣя въ виду разнообразныя сужденія о случаѣ продажи, о которой мы сейчасъ скажемъ.

Правило, имѣющее силу при стипуляціи, примѣняется также и къ куплѣ, и, судя по общимъ выраженіямъ нѣкоторыхъ текстовъ, повидимому, также безусловно, какъ и при стипуляціи (u).

Но это только повидимому. Много другихъ текстовъ, касающихся того же предмета подробнѣе, единогласно проводятъ слѣдующее различіе: кредиторъ, пріобрѣтающій право (слѣдовательно, въ данномъ случаѣ покупщикъ) или знаетъ о невозможности, или незнаетъ. Кромѣ того приводимое различіе относится не къ одной только куплѣ, но и ко всѣмъ однороднымъ сдѣлкамъ, какова мѣна, передача предмета въ уплату и т. д. (v).

Въ первомъ случаѣ, когда кредиторъ не знаетъ о невозможности, договоръ дѣйствителенъ, и покупщикъ можетъ требовать возмѣщенія убытковъ взамѣнъ того права, которое ему немогло быть передано непосредственно. Что же касается знанія продавца, то оно безразлично: онъ могъ знать и не знать о невозможности (w).

Во второмъ случаѣ, когда кредиторъ знаетъ о невозможно-

(t) Vinnius in § 2 J. de inut. stip. N. 3.

(u) L. 15 pr. de contr. emt. (18. 1). „Etsi consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emtio est“.—Также L. 34 § 1 eod. „... nulla venditio est“.

(v) L. 4. L. 29. C. evict (8. 45). Совершенно также какъ при evictio, т. е. продажѣ вещи, принадлежащей не продавцу, а третьему лицу.

(w) § 5 J. de emt. (3. 23), L. 4 L. 62 § 1 de contr. emt. (18. 1).—L. 70 de contr. emt. (18. 1). L. 39 § 3 de evict. (21. 2), L. 25 C. eod. (8. 45). Послѣдніе три изъ приведенныхъ текстовъ, ясно упоминаютъ о случаѣ, когда продавцу не извѣстно положеніе вещи.

сти—договоръ ничтоженъ и требованіе убытковъ не имѣетъ мѣста (x). Къ дѣйствительному знанію покупщика приравнивается и незнаніе, происшедшее отъ одной грубой его небрежности (y).

Сравнивая эти правила съ совершенно иными, безусловными правилами стипуляціи, мы прійдемъ къ заключенію, что причина и границы замѣчаемаго различія заключаются въ двустороннемъ характерѣ купли и подобныхъ ей договоровъ, а также въ bona fides, присущей всѣмъ этимъ контрактамъ.

Покупщикъ, не вѣдающій о невозможности, можетъ быть, между прочимъ, введенъ въ заблужденіе продавцемъ; въ такомъ случаѣ обязанность продавца вознаградить убытки прямо очевидна. И въ самомъ дѣлѣ, въ нѣкоторыхъ текстахъ встрѣчается выраженіе emptor deceptus (z). Но было бы ошибочно считать причиною и условіемъ вознагражденія убытковъ обманъ со стороны продавца уже потому одному, что таже обязанность существуетъ и въ случаѣ невѣдѣнія продавца о невозможности (примѣч. w). Быть можетъ, выраженіе emptor deceptus употреблено просто въ видѣ примѣра, такъ какъ въ случаѣ обмана обязанность вознаградить убытки становится особенно несомнѣнною. Наконецъ слову deceptus можно придать неопредѣленный смыслъ выраженія обманутый покупщикъ, смыслъ, встрѣчающійся во многихъ текстахъ,—но не рѣшающій вопроса: была ли причиною этого обмана недобросовѣстность покупщика, или нѣтъ (aa).

(x) L. 6 pr. L. 34 § 2, L. 57 § 3, L. 70 de contr. emt. (18. 1).

(y) L. 15 § 1 de contr. emt. (18. 1). Ignorantia emtori prodest, quae non in supinum hominem cadit".—O supina ignorantia и negligentia crassa срав. L. 6 de jur. et facti ignor (22. 6). Смѣшеніе свободнаго человѣка съ рабомъ могло случиться весьма легко (L. 5 de contr. emt. 18. 1); вотъ почему объ этомъ невѣдѣніи чаще упоминается со стороны покупщика. Многіе желали ограничить все правило только случаемъ, приведеннымъ въ L. 4 eod. наряду и безразлично съ многими случаями.

(z) § 5 J. de emt. (3. 23) „si pro privatis vel profanis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex emto"... L. 62 § 1 de contr. emt. (18. 1) „...quod interfuit ejus, ne deciperetur".

(aa) Срав. L. 18 de his qui not. (3. 2). „Ea, quae falsa

Если мы попытаемся приложить различныя правила, относящіяся до купли и подобныхъ ей договоровъ, къ родственнымъ юридическимъ принципамъ договоровъ того же рода, то увидимъ несомнѣнную аналогію въ ученіи объ обезпеченіи въ случаѣ evictio. Правда, evictio, по существу своему, вполнѣ отличается отъ разбираемаго случая объективной невозможности, никогда не служащей основаніемъ evictio (bb); но примѣняющіяся къ послѣдней правила совершенно тождественны съ вышеизложенными.—При обезпеченіи на случай эвикціи также безразлична добросовѣстность или недобросовѣстность продавца. Напротивъ обязательство считается несуществующимъ, какъ скоро покупщикъ знаетъ, что третье лицо имѣетъ право на эвикцію (cc).

§ 82.

II. Деликтъ. A. Понятіе и виды этого обязательства.

Выше мы указали на два самые общіе и важнѣйшіе источника происхожденія обязательствъ: договоры и деликты (§ 51). До сихъ поръ мы говорили о договорахъ (§ 52-81); теперь приступимъ къ изложенію деликта, втораго источника происхожденія обязательства, его понятія и принциповъ (a).

Въ основаніи всякаго деликта лежитъ нарушеніе права, а потому обязательства, возникающія изъ деликта, можно было

---

existimatione decepta est“... Также и въ другихъ текстахъ. Въ извѣстной L. 7 § 1 de except. (44. 1) встрѣчается выраженіе:„ quod si deceptus sit in re“. Срав. Savigny, vermischte Schriften т. 2. стр. 3 42, и System т 7 § 335 k.

(bb) Причина, препятствующая продавцу передать прочное владѣніе вещью, лежитъ именно въ его (личномъ) неправильномъ отношеніи къ вещи.

(cc) L. 27 C. de evict. (8. 45), L. 7 C. comm. utr. jud. (3. 38).

(a) Срав. System. т. 5 § 210. 211. 212. Puchta. Pandecten. § 230. 261 и Vorlesungen § 230. 261.

бы назвать обязательствами, вытекающими изъ правонарушеній. Но далеко не всѣ правонарушенія ведутъ къ возникновенію особыхъ, самостоятельныхъ обязательствъ,—а большею частью влекутъ за собою только защиту права, т. е. охрану или возстановленіе его въ случаѣ нарушенія которою либо изъ сторонъ его истинныхъ границъ. Эта судебная защита достигается главнымъ образомъ исками или возраженіями, смотря по обстоятельствамъ; а во многихъ случаяхъ только возраженіями, но не исками. Такимъ образомъ защита права состоитъ въ приведеніи фактическаго состоянія къ истинно юридическому, т. е. въ устраненіи господства лица, не имѣющаго права, господства, которое мы можемъ назвать также несправедливымъ, незаконнымъ присвоеніемъ.

Указанная здѣсь простая защита права совпадаетъ съ понятіемъ искового права, о которомъ мы говорили въ другомъ мѣстѣ (b), и совершенно независима отъ сознанія и намѣренія нарушителя.

Примѣрами подобныхъ средствъ простой правовой защиты, вполнѣ отличными отъ деликтовъ, могутъ служить иски о собственности, о сервитутахъ, о закладѣ; далѣе иски изъ займа, купли, и друг. договоровъ. Послѣдняго рода иски относятся сюда, безъ различія того обстоятельства: вызваны-ли они прямо отказомъ исполнить договоръ или видоизмѣненіями, внесенными въ первоначальное содержаніе договора, вслѣдствіе dolus, culpa, mora.

Слѣдовательно, чтобы отъ понятія правонарушенія прійдти къ понятію деликта, о которомъ мы теперь говоримъ, необходимо сдѣлать къ первому понятію одно существенное дополненіе.

Подъ деликтомъ мы должны разумѣть такое правонарушеніе, изъ котораго возникаетъ особое, самостоятельное обязательство, независимое отъ устраненія упомянутаго выше незаконнаго присвоенія. Въ этомъ и состоитъ различіе между обязательствами изъ деликта отъ простыхъ исковыхъ правъ. Но они имѣютъ ту общую черту, что предполагаютъ нарушенное правовое состояніе и всегда направлены противъ такого нарушенія.

(b) Срав. System т. 5 § 205.

Обязательства изъ деликта по большей части защищаются путемъ особыхъ исковъ; а иногда въ рѣдкихъ случаяхъ простыми возраженіями. (c)

Они отличаются отъ другихъ обязательствъ тѣмъ, что всегда связаны съ противозаконнымъ настроеніемъ, прямо направленнымъ на правонарушеніе (dolus), или выражающимся въ недостаткѣ заботливости необходимой для всякаго юридическаго порядка (culpa). Поэтому обязательства изъ деликта всегда предполагаютъ возможность вмѣненія должнику его дѣйствія (d).

Иски, вытекающіе изъ деликтовъ, называются уголовными исками, poenales actiones, потому что въ нихъ всегда замѣчается до нѣкоторой степени элементъ наказанія, проявляющійся здѣсь въ слѣдующемъ:

Во-первыхъ въ томъ, что нарушитель уплачиваетъ потерпѣвшему извѣстную сумму денегъ независимо отъ возможнаго возстановленія правонарушенія инымъ путемъ (часто путемъ другаго иска), или даже уже совершившаго возстановленія.— Въ этомъ случаѣ нарушитель становится бѣднѣе сравнительно съ той суммой, которую онъ имѣлъ до правонарушенія, а потерпѣвшій обогащается на такую-же сумму.—Сумма, подлежащая платежу, есть частный штрафъ, производящій измѣненіе въ объемѣ собственности для обѣихъ сторонъ.

Во-вторыхъ въ томъ, что нарушитель обязанъ, вслѣдствіе деликта, вознаградить потерпѣвшаго за весь вредъ, возникшій изъ нарушенія.—Въ этомъ случаѣ потерпѣвшій не становится ни богаче, ни бѣднѣе, чѣмъ былъ до нарушенія; но нарушитель безусловно обязанъ вознаградить за вредъ, даже когда онъ, изъ нарушенія не извлекъ никакой выгоды или меньшую сравнительно съ удовлетвореніемъ.— Такимъ образомъ нарушитель вслѣдствіе иска можетъ стать (хотя не всегда и необходимо) бѣднѣе того, чѣмъ былъ до нарушенія. Вслѣдствіе этой возможности искъ и считается наказаніемъ въ пользу потерпѣвшаго, а случаи приложенія исковъ изъ деликта причисляются къ уголовнымъ искамъ (e).

(c) Примѣры: exceptiones doli и metus.
(d) Срав. System т. 3 § 108 стр. 41.
(e) Это отношеніе нагляднѣе всего проявляется въ doli actio.

Для лучшаго разграниченія обонхъ случаевъ приложенія исковъ изъ деликта, я назову первые двусторонними уголовными исками, вторые—односторонними.

Сопоставляя оба послѣдніе вида уголовныхъ исковъ съ упомянутыми выше исками, имѣющими исключительною цѣлью—охраненіе или возстановленіе юридическаго порядка,—мы получимъ слѣдующіе три класса исковъ вообще.

Охранительные иски.

Односторонніе уголовные иски.

Двусторонніе уголовные иски.

Каждый изъ разрядовъ имѣетъ цѣлью осуществленіе соотвѣтствующаго рода обязательства. Иски двухъ первыхъ разрядовъ сходятся въ общей цѣли—охранені прежнягоя юридическаго положенія кредитора и слѣдовательно защиты его отъ ущербовъ. Третій разрядъ имѣетъ въ виду гражданскій штрафъ, слѣдовательно, расширеніе юридической сферы потерпѣвшаго кредитора.

Какими спеціальными юридическими средствами могутъ быть достигнуты указанныя различныя цѣли — вопросъ второстепенный и, смотря по деликту, можетъ быть рѣшенъ различно. Потерпѣвшій отъ похищенія имѣетъ охранительный искъ (condictio furtiva) на возвращеніе похищенной вещи или на отысканіе ея стоимости; но сверхъ того, ему же дается двусторонній уголовный искъ (furti actio) на чисто гражданскій штрафъ. На случай грабежа или насильственнаго отнятія вещи—одинъ и тотъ же (искъ actio vi bonorum raptorum) служитъ вмѣстѣ и односторонпимъ и двусторонпимъ уголовнымъ искомъ. О-

---

Если кто-либо, теряетъ, вслѣдствіе обмана другаго лица, сто руб., а потомъ снова получаетъ ихъ въ видѣ вознагражденія, то имущественное положеніе его становится такое же, какое было предъ обманомъ. Обманщикъ получилъ вслѣдствіе обмана, быть можетъ, туже сотню рублей, которую потерялъ обманутый, а быть можетъ только 50 р., а можетъ быть и ничего, если онъ обманывалъ по злобѣ, а не съ корыстной цѣлью. Въ первомъ случаѣ онъ не становится вслѣдствіе иска бѣднѣе того, чѣмъ былъ до обмана; во второмъ дѣлается бѣднѣе на 50 р., а въ послѣднемъ на 100 р., которые взыскиваются съ него въ видѣ штрафа.

грабленный, путемъ его, возвращалъ отнятую вещь или ея стоимость и сверхъ того въ видѣ гражданской пени тройную цѣну отнятой вещи (f).—Иски, направленные къ этой двойной цѣли, называются mixtae actiones.—Этимъ именемъ обозначается только процессуальная особенность нѣкоторыхъ случаевъ, а потому было бы непослѣдовательностью—составлять изъ нихъ четвертый разрядъ.

Въ сдѣланномъ обзорѣ обязательства, вытекающія изъ деликта, представляются однозначущими съ уголовными исками, назначенными для ихъ осуществленія. Такой взглядъ справедливъ не для всѣхъ, но относительно большинства и важнѣйшихъ изъ этихъ обязательствъ. Однако есть множество обязательствъ, возникающихъ изъ настоящаго деликта и могущихъ вести собственно къ гражданскому штрафу, но осуществляемыхъ другими средствами судебной защиты, отличными отъ исковъ въ собственномъ смыслѣ слова. — Это бываетъ въ особенности при деликтахъ, состоящихъ въ связи съ исковымъ правомъ и процессомъ.

Сюда относятся во многихъ случаяхъ самоуправства (Selbsthülfe). Когда кредиторъ самовольно осуществляетъ свое право по отношенію къ должнику, онъ наказывается потерею своей претензіи (g). Такимъ образомъ это гражданское наказаніе приводится въ исполненіе не столько искомъ, сколько эксцепціею.—Если при искѣ о собственности владѣлецъ отрицаетъ свое владѣніе, онъ наказывается потерею его въ пользу истца, и тѣмъ принуждается самъ выступить истцомъ (h). Такимъ образомъ, это наказаніе осуществляется не путемъ настоящаго иска, но случайно вслѣдствіе другаго иска, именно охранительнаго. — Наоборотъ, когда не-владѣлецъ недобросовѣстно выдаетъ себя за владѣльца, то подвергается наказанію, какъ владѣлецъ и обязывается стать отвѣтчикомъ по иску о собственности. — Тоже бываетъ, когда дѣйствительный владѣлецъ оставляетъ владѣніе недобросовѣстно, съ единственною цѣлью—

(f) § 18. 19 J. de act. (4. 6).

(g) L. 12 § 2 L. 13 quod metus (4. 2) „jus crediti non habebit". L. 7 ad L. Jul. de vi priv. (48. 7).

(h) L. 80 de rei vind. (6. 1).

затруднить или сдѣлать невозможнымъ отысканіе права лицу, желающему предъявить искъ о собственности (i). — Есть нѣсколько исковъ, при которыхъ отвѣтчикъ, отрицающій недобросовѣстно фактъ, обязывается къ платежу въ видѣ штрафа двойной стоимости иска (k).—Такимъ образомъ штрафъ отыскивается въ этомъ случаѣ не особымъ искомъ, но посредствомъ главнаго иска, ведущаго вслѣдствіе деликта къ высшему наказанію.

Съ понятіемъ уголовнаго иска не слѣдуетъ смѣшивать понятіе иска, направленнаго на vindicta (l). Подъ этимъ названіемъ разумѣются иски, которыми отыскивается то штрафъ, то другое какое-либо имущественное право; и при томъ такъ, что отысканіе это является не цѣлью, а только средствомъ всего процесса; цѣлью же представляется нравственный или публичный интересъ. Эти иски могутъ вмѣстѣ съ тѣмъ быть уголовными въ тѣсномъ смыслѣ слова, и большинство ихъ дѣйствительно имѣетъ подобный характеръ; таковы искъ объ обидѣ и всѣ actiones populares (m). Но есть и такіе иски, которые могутъ быть вчинаемы только въ качествѣ уголовныхъ; таковы: inofficiosi querela и интердиктъ quod vi aut clam.

§ 83.

II. Деликтъ. B. Гражданскій штрафъ.

Между обязательствами изъ деликта, о которыхъ мы говоримъ, есть одно, особенно требующее внимательнаго разсмотрѣнія, такъ какъ оно возбудило множество недоразумѣній и споровъ въ нашей литературѣ, именно обязательство, имѣ-

---

(i) L. 25 L. 27 § 3 de rei vind. (6. 1), L. 131 L. 157 § 1 de R. J. (50. 17).—Это оба случая такъ называемой ficta possessio.

(k) § 26 J. de act. (4. 6), Gajus Lib. 4 § 9. 171, Paulus I. 19.—Срав. Puchta Pandekten § 271.

(l) Срав. System т. 2 § 73, т. 5 § 212 стр. 60.

(m) Мы сейчасъ (§ 83) укажемъ на особую природу популярныхъ исковъ. Они были уголовными, но не основывались на обязательствахъ.

ющее предметомъ гражданскій штрафъ. Мы уже сказали, что оно осуществлялось у Римлянъ посредствомъ двусторонняго уголовнаго иска (§ 82).

Названное обязательство по цѣли своей—штрафу, относится къ обширной, самостоятельной области уголовнаго права, слѣдовательно къ отрасли права публичнаго (a). Я не говорю, что обязательство это представляетъ аналогію и сродство только съ упомянутымъ правомъ; напротивъ природа его двойственна и оно въ дѣйствительности принадлежитъ къ двумъ областямъ: къ уголовной — по своему основанію и цѣли, къ гражданской—по формѣ и послѣдствіямъ.

Но для полнаго понятія отношеній между разсматриваемымъ обязательствомъ и собственно уголовнымъ правомъ, въ нынѣшнемъ его состояніи—необходимо точно опредѣлить характеръ послѣдняго.

Цѣль наказанія можетъ быть понимаема весьма различно и каждому изъ этихъ понятій принадлежитъ относительная, хотя второстепенная доля справедливости. Высшею цѣлью мы должны признать юридическое возмездіе; но при этомъ не мѣшаетъ имѣть въ виду и слѣдующія цѣли: во-первыхъ устрашеніе, и въ двухъ формахъ: въ формѣ законной угрозы наказаніемъ и въ формѣ исполненія самого наказанія; во-вторыхъ исправленіе, и наконецъ устраненіе самоуправства и частной мести, возмущающихъ юридическій порядокъ и господствующихъ въ особенности въ эпоху неполнаго и несовершеннаго развитія государственнаго устройства.—Таковы цѣли какъ гражданскихъ, такъ и публичныхъ наказаній.—Послѣднюю цѣль (устраненіе частной мести) имѣли въ виду въ частности древнегерманскія композиціи, и римскіе гражданскіе штрафы (b).

(a) Срав. System т. 1 § 9 Примѣч. c.

(b) Вотъ почему уже въ XII таблицахъ при furti и injuriarum actio сдѣлана ясная оговорка, что договоръ исключаетъ штрафъ; отсюда и въ позднѣйшемъ правѣ договоръ погашалъ въ этихъ случаяхъ искъ ipso jure, а не только per exceptionem (какъ въ другихъ случаяхъ). L. 17 § 1 de pactis (2. 14), Gellius XX. 1, Festus v. Talio.

Карательныя мѣры (Strafmittel), т. е. зло, причинямое исполненіемъ наказанія, вообще весьма разнообразны. Сюда относятся: смерть, ограниченіе свободы (посредствомъ заключенія, принудительныхъ работъ, изгнаніе) лишеніе политическихъ правъ, лишеніе или умаленіе имущества.

Обязательства имѣющія предметомъ гражданскій штрафъ, состояли по римскому праву, за нѣкоторыми исключеніями, относящимися къ древнѣйшему времени (c), въ извѣстной денежной суммѣ, которую правонарушитель обязывался уплатить потерпѣвшему, вслѣдствіе чего первый становился бѣднѣе, а второй богаче сравнительно съ ихъ имущественнымъ положеніемъ до совершенія деликта. Многія причины могли содѣйствовать установленію и значительному распространенію этого принципа. Денежная прибыль должна была побуждать потерпѣвшаго начать искъ и вмѣстѣ съ тѣмъ содѣйствовать примѣненію наказанія въ публичномъ интересѣ правосудія. Это было вѣрнымъ средствомъ къ вытѣсненію частной мести.

Популярные иски представляли съ случаями, сейчасъ упомянутыми, ту аналогію, что отвѣтчикъ обязывался уплатить истцу денежный штрафъ въ видѣ гражданскаго наказанія (d). Но они не основывались на обязательствѣ, потому что не предполагали двухъ индивидуально противоположныхъ лицъ, правонарушителя и потерпѣвшаго (e); истецъ исполнялъ здѣсь про-

---

(c) По XII таблицамъ, actio furti manifesti, влекла за собою передачу (addictio) вора, если онъ былъ человѣкъ свободный, въ руки потерпѣвшаго и бичеваніе; если же воромъ былъ рабъ, то бичеваніе и низверженіе въ пропасть (Gellius XI. 18); впрочемъ addictio также вела за собою обогащеніе. Искъ объ обидѣ въ случаѣ перелома или отнятія члена (membrum ruptum), влекъ за собою тальонъ, слѣдовательно не обогащеніе (Festus v. Talio). Но эти наказанія были отмѣнены очень рано; остались только гражданскія денежныя наказанія.

(d) Есть однако случай, когда штрафъ во сто aurei дѣлился пополамъ между истцомъ и государственною казною, — именно при нарушеніи Sc. Silanianum L. 25 § 2 de Sc. Silan. (29. 5). Въ другомъ—весь штрафъ поступалъ въ пользу государства. L. 3 de term. (47. 21).

(e) L. 11 L. 12 pr. de V. S. (50. 16). Кто начинаетъ actio ex delictō, тотъ считается creditor'омъ своего противника; кто начинаетъ его ex populari causa—не имѣетъ этого качества, но пріоб-

сто обще-гражданскую обязанность—защищать путемъ наказанія всякій публичный интересъ (политическій, полицейскій, нравственный) (f). Когда въ такого рода случаяхъ являлось непосредственно потерпѣвшимъ и заинтересованнымъ частное лицо, то искъ тѣмъ не менѣе оставался популярнымъ, заинтересованное же лицо имѣло только преимущественное право на искъ предъ всякимъ незаинтересованнымъ истцомъ, который вмѣшивался въ искъ вмѣстѣ съ нимъ (g).

Что касается суда то для нашей цѣли необходимо сдѣлать слѣдующее замѣчаніе. По отношенію къ преступленіямъ и публичнымъ наказаніямъ судебныя власти въ римскомъ государствѣ являлись въ разнообразныхъ формахъ и часто мѣнялись. Въ эпоху развитія республики существовало множество плебисцитовъ, опредѣлявшихъ для отдѣльныхъ преступленій, порядокъ особаго преторскаго судопроизводства, а въ большинствѣ случаевъ и штрафы. Эти суды назывались publica judicia, а подсудныя имъ преступленія publica crimina. Но рядомъ съ ними стояло постоянно возраставшее количество преступленій, изъятыхъ отъ этого судопроизводства и извѣстныхъ подъ именемъ exstraordinaria crimina.

Въ этомъ отношеніи вполнѣ отличались уголовные иски, какъ вытекавшіе изъ деликтальныхъ обязательствъ, такъ и популярные. И тѣ и другіе вѣдались обыкновенными гражданскими судами, т. е. тѣми самыми, которые разбирали споры о собственности и договорахъ. Они состояли слѣдовательно подъ юрисдикціею цивильнаго претора и порядокъ ихъ судопроизводства измѣнялся гораздо менѣе, чѣмъ относительно публичныхъ преступленій и наказаній.

рѣтаетъ его только послѣ litiscontestatio, которая и установляетъ обязательство.

(f) L. 1 de pop. act. (47. 23) „Eam popularem actionem dicimus quae suum jus populi tuetur“. L. 43 § 2 de proc. (3. 3). „In popularibus actionibus, ubi quis quasi unus ex populo agit“....Случаи примѣненія находятся въ слѣдующемъ текстѣ: L. 7—9 de jurisd. (2. 1), L. 5 § 6. 13 de his qui effud. (9. 3), L. 3 pr. § 10. 12 de sep. viol. (47. 12), L. 3 pr. de term. (47. 21), L. 40—42 de aedil. ed. (21. 1).

(g) L. 3 § 1 L. 6 de pop. act. (47. 53).

Еще большее значеніе, нежели судъ имѣютъ для нашей цѣли лица, обладавшія инициативой уголовнаго процесса. Въ этомъ отношеніи возможно двоякаго рода учрежденіе. Инициатива можетъ находиться или въ рукахъ правительственныхъ чиновниковъ (какъ въ новѣйшее время) или предоставляется частнымъ лицамъ (h). Древнеримскимъ учрежденіемъ была послѣдняя форма. По общему правилу преслѣдованіе и наказаніе публичныхъ преступленій являлось всеобщею гражданскою обязанностью—съ тѣмъ однако ограниченіемъ, что въ большинствѣ случаевъ отдавалось преимущество обвинителю, заинтересованному въ преступленіи, предъ незаинтересованнымъ, одновременно вступающимъ въ дѣло. Понятно, что правило это строго соблюдалось при штрафныхъ искахъ, вытекающихъ изъ деликтовъ, такъ какъ они могли быть вчинаемы только потерпѣвшимъ; но оно примѣнялось и къ популярнымъ искамъ и также съ предпочтеніемъ заинтересованнаго истца незаинтересованному (примѣч. g).

Хотя въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ и встрѣчаются случаи, когда инициатива преслѣдованія принадлежала только государственнымъ чиновникамъ; но этотъ процессъ проявляется въ размѣрахъ весьма ограниченныхъ и въ видѣ исключенія (i).

Бросая общій взглядъ на изложенное отношеніе гражданскихъ штрафовъ, вытекающихъ изъ деликтальныхъ обязательствъ къ публичнымъ наказаніямъ за преступленія,—мы видимъ, что существенное различіе между ними заключается не въ денежномъ штрафѣ, которымъ сопровождаются также и многія изъ публичныхъ преступленій (k) и не въ обагощеніи истца, которое бываетъ также при популярныхъ искахъ, весьма сродныхъ по формѣ съ публичными преступленіями; существенное различіе состоитъ въ томъ, что при обязательствахъ изъ деликта, инициатива уголовнаго процесса основана не на всеобщемъ правѣ и обязанности всѣхъ гражданъ, а на свободномъ желаніи потерпѣвшаго, отъ произвола котораго зависитъ требовать

(h) Срав. System т. 1 § 9 примѣч. c.

(i) Biener Beiträge zur deschichte ges In quisitions-Procejses Cap. 2

(k) Примѣры: L. 2 § 2 de L. Julia de ann. (48. 12), L. 4 § 5 ad L. Jul. pecul. (48. 13), L. 6 § 2 eod., L. 13 eod.

наказанія или оставить проступокъ безъ послѣдствій; такъ что потерпѣвшему принадлежитъ своего рода право помилованія.

Въ эпоху имперіи произошла важная перемѣна въ системѣ гражданскихъ штрафовъ, начало которой слѣдуетъ отнести къ болѣе раннему періоду, такъ какъ во время классическихъ юристовъ она казалась уже какъ бы завершившеюся.—Гражданскіе штрафы часто представлялись недостаточными, именно въ тѣхъ случаяхъ, когда правонарушитель оказывался лицомъ безчестнымъ, неимущимъ (l); въ тоже время, мотивъ, вызвавшій ихъ установленіе, устраненіе частной мести, долженъ былъ ослабнуть, по мѣрѣ развитія государственныхъ учрежденій и общаго смягченія нравовъ. Отсюда на мѣсто прежняго учрежденія, существовавшаго съ древности явилось новое: каждому лицу, имѣющему право требовать наказанія за деликтъ, предоставлялось право выбора: начать искъ въ прежнемъ порядкѣ, гражданскимъ судомъ, или выступить въ качествѣ обвинителя по extraordinarium crimen предъ уголовнымъ судьей.—Если лицо предпочитало послѣдній путь, то уголовный судья обязанъ былъ во всякомъ случаѣ присудить ему возмѣщеніе причиненныхъ убытковъ (напр. возвращеніе украденной вещи); назначеніе же мѣры публичнаго наказанія вполнѣ зависѣло отъ усмотрѣнія судьи.—Такой путь вполнѣ исключалъ возможность предъявленія уголовнаго иска предъ гражданскимъ судомъ (m).

Нижеслѣдующія замѣчанія вполнѣ выяснятъ намъ всю важность этого нововведенія.

Оно примѣнялось главнымъ образомъ и особенно энергично къ кражѣ (n) и къ обидѣ (injuria) (o); но вмѣстѣ съ тѣмъ

(l) L. 35 de injur. (47. 10). „Si quis injuriam atrocem fecerit, qui contemnere injuriarum judicium possit ob infamiam suam et egestatem: praetor acriter exequi hanc rem debet, et eos, qui injuriam fecerunt, coercere“.

(m) L. 56 § 1 de furtis (47. 2).

(n) L. 56 § 1 L. 92 de furtis (47. 2).

(o) § 10 J. de injur. (4. 4), L. 6 L. 45 de injur. (47. 10).

но же было признано общимъ правиломъ и по отношенію къ искамъ о наказаніи, вытекающимъ изъ деликтовъ вообще (p).

Мы оставимъ пока въ сторонѣ сложный вопросъ о стеченіи многихъ деликтальныхъ исковъ и публичныхъ наказаній, когда одно и тоже матеріальное дѣйствіе заключаетъ въ себѣ множество правонарушеній и одновременно карается различными уголовными законами (q). Мы ограничимся разсмотрѣніемъ простѣйшаго случая, котораго касается упомянутое нововведеніе римскаго права. И такъ возьмемъ случай, когда матеріальное дѣйствіе представляется наказуемымъ только въ одномъ отношеніи; и пусть напр, этимъ дѣйствіемъ будетъ кража. Въ подобномъ случаѣ потерпѣвшій можетъ по выбору начать искъ о гражданскомъ штрафѣ или требовать публичнаго наказанія въ силу extraordinarium crimen.

Если понимать указанное нововведеніе отвлеченно т. е. въ томъ смыслѣ, что всѣ прежнія деликтальныя обязательства были тѣмъ самымъ превращены въ extraordinaria crimina въ полномъ значеніи слова, то весьма возможно, что въ одно время и потерпѣвшій предъявитъ противъ правонарушителя искъ о наказаніи предъ судомъ гражданскимъ и какое либо постороннее лицо выступитъ противъ него же обвинителемъ предъ судомъ уголовнымъ, такъ что обвиняемаго можетъ постигнуть двойное наказаніе,—въ особенности при отсутствіи яснаго предписанія, что въ подобномъ случаѣ общее право всѣхъ гражданъ на обвиненіе предъ уголовнымъ судомъ не имѣетъ мѣста. Однако нововведеніе очевидно касалось только права выбора потерпѣвшаго,—что ясно и буквально подтверждается общимъ текстомъ, говорящимъ о новомъ правилѣ (примѣч. p). Сверхъ того, допущеніе двойнаго наказанія за

(p) L. 3 de priv. delictis (47. 1). Кажущуюся общность этого текста не слѣдуетъ понимать буквально; текстъ указываетъ только на дѣйствія, имѣвшія уголовный характеръ. При damnum injuria datum никто не помышлялъ объ extraordinarium crimen, а между тѣмъ actio L. Aquiliae, какъ извѣстно вытекала изъ maleficio.

(q) Срав. Savigny, vermischte Schriften т. 2. Num. XXXVII и System т. 5 § 234.—Предложенная мною здѣсь теорія подробно опровергается Vangerow'омъ § 572.

простую кражу или какой либо другой гражданскій деликтъ было бы въ слишкомъ явномъ противорѣчіи съ общими принципами,—противорѣчіи, которое не имѣло бы къ своему оправданію никакого, даже кажущагося основанія.—Впрочемъ есть случаи совмѣстнаго примѣненія публичнаго и гражданскаго наказанія. Если откупщикъ государственныхъ сборовъ безъ законнаго основанія бралъ пошлину, то кромѣ возвращенія взятыхъ денегъ, подлежалъ въ видѣ штрафа взысканію той же суммы просто или втрое, смотря потому совершилъ-ли онъ проступокъ съ насиліемъ или нѣтъ, и сверхъ того подвергался еще какому нибудь публичному наказанію, по усмотрѣнію судьи (r). Но въ данномъ случаѣ мы имѣемъ дѣло не съ простымъ правонарушеніемъ, а съ двумя совершенно различными правонарушеніями, соединенными въ одномъ и томъ же матеріальномъ дѣйствіи и заслуживающими каждое порознь—особаго наказанія (примѣч. q). Въ самомъ дѣлѣ откупщикъ нарушилъ во первыхъ право частнаго лица, у котораго самовольно взялъ деньги и во вторыхъ государственный интересъ: произвольное осуществленіе правъ, предоставленныхъ государствомъ, колеблетъ уваженіе къ послѣднему. Вышеприведенный текстъ (примѣч. r) ясно различаетъ и признаетъ такой двойственный характеръ дѣйствія.

Публичное наказаніе, шедшее теперь параллельно съ гражданскимъ, смотря по выбору потерпѣвшаго лица, соотвѣтствовало повидимому болѣе гражданскимъ потребностямъ позднѣйшей эпохи. Покрайней мѣрѣ, древніе юристы замѣчаютъ, что публичныя наказанія примѣнялись тогда ч а щ е (s). И такъ, древняя система гражданскихъ штрафовъ, такъ сказать отжила свое время.

(r) L. 9 § 5 d e p u b l i c a n i s (39. 4). „Quod illicite publice privatimque exactum est, cum altero tanto passis injuriam exsolvitur: per vim vero extortum cum poena tripli restituitur. Amplius extra ordinem plectuntur; alterum enim utilitas privatorum, alterum vigor publicae disciplinae postulat“.

(s) L. 92 d e f u r t i s (47. 2). „Meminisse oportebit, nunc furti p l e r u m q u e criminaliter agi, et eum, qui agit, in crimen subscribere“...L. 45 d e i n j u r. (47. 10). „De injuria nunc extra ordinem ex causa et persona statui s o l e t“....

Таково было состояніе гражданскихъ штрафовъ въ юстиніановскомъ правѣ, откуда они перешли въ Германію, гдѣ съ древнѣйшихъ временъ примѣнялась система гражданскихъ штрафовъ, болѣе широкая, нежели у римлянъ. Древнѣйшія народныя постановленія содержали въ себѣ по большей части таблицы денежныхъ штрафовъ, очевидно имѣвшихъ цѣлью ослабить частную месть. Эти композиціи народныхъ законовъ несомнѣнно вышли изъ употребленія весьма рано. Ихъ мѣсто заступила быстро развивающаяся система уголовнаго права, основанная на публичныхъ наказаніяхъ, которая уже въ первой половинѣ XVI в. была развита важнымъ имперскимъ закономъ, а послѣ выработывалась соперничествовавшими законодательствами отдѣльныхъ государствъ.—Вмѣстѣ съ тѣмъ развивается и уголовный процессъ, основанный на дѣятельности государственныхъ чиновниковъ.

Въ виду этихъ обстоятельствъ издавна уже подымался вопросъ: какимъ образомъ удалось изложенной выше системѣ римскихъ гражданскихъ штрафовъ и связанному съ ней праву выбора потерпѣвшаго,—удержаться въ уголовномъ законодательствѣ страны, развитіе котораго шло въ совершенно иномъ направленіи.

Къ рѣшенію вопроса о сохранившейся силѣ римскихъ гражданскихъ штрафовъ, всегда возбуждавшаго живые споры, мы теперь и приступаемъ.

§ 84.

II. Деликтъ. B. Гражданскій штрафъ. Дѣйствующее право.

Литература (a):

Thomasius de usu actionum poenalium. Halae 1693. (Diss. Vol. 1 N, 20).

Gonne de poenis lucro actoris cedentibus. Erlangae 1747.

Glück т. 3 стр. 551.

Gruner de poenis Romanorum privatis. Lips. 1805.

Односторонніе иски не даютъ никакого повода къ спору, напр. никто не сомнѣвается въ томъ, что actio legis Aquiliae дѣйствуетъ въ настоящее время только въ случаѣ простаго требованія о возмѣщеніи убытковъ (b). Такимъ образомъ споръ касается однихъ гражданскихъ штрафовъ,—обходя также и иски, хотя и направленные на отысканіе двойной стоимости нарушеннаго права, но не въ видѣ наказанія, а въ смыслѣ спеціальной и положительной оцѣнки интереса отдѣльнаго лица. Сюда относятся actio de tigno juncto противъ добросовѣстнаго владѣльца чужаго матеріала, вошедшаго въ составъ извѣстной постройки (c); точно также actio de rationibus distra-

---

(a) Первые три автора отрицаютъ дѣйствительность гражданскихъ наказаній въ настоящее время, четвертый признаетъ ее (но съ ограниченіями).

(b) Thomasius C. 3 § 15 оспариваетъ силу doli actio, хотя и не въ смыслѣ уголовнаго иска, такъ какъ она направляется на простое возмѣщеніе убытковъ, на томъ ложномъ основаніи, будто эта actio имѣла силу только при существованіи stricti juris actiones, которыхъ у насъ нѣтъ. Онъ упускаетъ изъ виду, что искъ этотъ примѣняется не только къ договорнымъ отношеніямъ, но и къ всякому обману, причиняющему вредъ другому лицу, даже независимо отъ договора.

(c) L. 7 § 10 de adqu. rer. dom. (41. 1), L. 23 § 6 de R. V. (6. 1). Противъ недобросовѣстнаго владѣльца есть уголовный искъ. L. 1. 2 de tigno juncto (47. 3). Срав. Westenberg de

hendis, предоставляемая, вмѣстѣ съ actio tutelae (d) на выборъ правообладателя въ смыслѣ частной гарантіи его интересовъ, независимо отъ возможныхъ при этомъ уголовныхъ исковъ. Такимъ образомъ иски эти могли бы примѣняться и въ настоящее время, каково бы ни было рѣшеніе предлежащаго спорнаго вопроса.

Тоже слѣдуетъ сказать и о популярныхъ искахъ, которые хотя и принадлежатъ къ разряду истинныхъ уголовныхъ исковъ и именно двустороннихъ, но не основываются на обязательствахъ (§ 83) и слѣдовательно не входятъ въ область предстоящаго изслѣдованія.—О приложеніи ихъ въ настоящее время не можетъ быть рѣчи, потому что они были неразрывно связаны съ тѣмъ публицистическимъ отношеніемъ римскихъ гражданъ, о которомъ въ нашемъ настоящемъ государственномъ устройствѣ (монархическомъ или республиканскомъ—все равно) не сохранилось никакого слѣда. Всякій римскій гражданинъ, безъ различія, отыскивая денежный штрафъ, видѣлъ въ названныхъ искахъ средство выступить защитникомъ государственнаго интереса и за такую государственную дѣятельность, обвинителю отдавался въ видѣ вознагражденія взысканный штрафъ.

Но даже послѣ такого ограниченія предлежащаго спорнаго вопроса, объемъ и значеніе его остаются настолько капитальными, что онъ представляется важнѣе большинства другихъ спорныхъ вопросовъ, возбуждаемыхъ въ области дѣйствующаго римскаго права.

Доводы, приводимые обыкновенно защитниками двухъ крайнихъ мнѣній, столь абстрактнаго свойства, что не способны привести къ убѣдительному и окончательному рѣшенію. Поборники силы римскихъ гражданскихъ штрафовъ въ дѣйству-

---

causis oblig. Diss. 6 C. 2. 3.—Возраженіе о жестокости подобнаго иска противъ добросовѣстнаго владѣльца устраняется соображеніемъ, что отъ владѣльца зависитъ вынуть и возвратить матеріалъ, если онъ желаетъ сберечь издержки на эту операцію.

(d) L. 1 § 19—23 L. 2 de tutelae (27. 3), L. 55 § 1 de admin. (26. 7). Срав. System т. 5 S. 58. 59.—Замѣчательно, что оба эти параллельные иска ведутъ свое начало отъ XII. таблицъ.

ющемъ правѣ ссылаются главнымъ образомъ на дѣйствіе въ настоящее время общихъ принциповъ римскаго права, чего никто не оспариваетъ (e). Вопросъ только въ томъ: есть-ли основаніе допустить исключеніе изъ этого правила въ данномъ случаѣ?—За тѣмъ они ссылаются также на нѣкоторыя рѣшенія, признававшія гражданскія наказанія (f). Но случаи такихъ признаній весьма рѣдки и не могутъ служить доказательствомъ дѣйствія римскаго права въ этомъ отношеніи,—а потому противники разсматриваемаго мнѣнія имѣютъ полное основаніе видѣть въ нихъ рѣдкія заблужденія отдѣльныхъ судей (g).

Противники современнаго дѣйствія римскихъ принциповъ о гражданскихъ наказаніяхъ утверждаютъ, что эти принципы потеряли силу вслѣдствіе не примѣненія, или другими словами они никогда не переходили въ Германію вмѣстѣ съ остальными принципами римскаго права. Но если даже предположить, что нельзя указать ни одного случая дѣйствительнаго ихъ примѣненія, не принимая въ разсчетъ только что приведеннаго противоположнаго довода (примѣч. f),—то и это обстоятельство не имѣло бы рѣшительнаго значенія. Римское право прямо не предписывало судьѣ примѣнять гражданскія наказанія, а ставило ихъ въ зависимость отъ произвола потерпѣвшаго, такъ что, если принципы и оставались безъ приложенія, то это обстоятельство еще не можетъ служить основаніемъ къ отрицанію дѣйствія римскаго права въ данномъ отношеніи (h). Мы имѣли бы на это право только въ случаѣ, если бы указаны были иски, по которымъ потерпѣвшій добивался гражданскаго наказанія, а судья ему отказалъ.—Второй доводъ противниковъ состоитъ въ томъ, что гражданскіе штрафы имѣли главною цѣлью вытѣснить изъ употребленія частную месть, опасеніе которой при нашихъ учрежденіяхъ излишне (i). На

(e) Gruner стр. 38.
(f) Gruner стр. 40.
(g) Срав. System т. 1 стр. 97. 173—175. Главною опорою этого мнѣнія служитъ постановленіе Каролины Art. 157. 158. Объ этомъ мы сейчасъ поговоримъ подробно (§ 84 p).
(h) Gruner стр. 42.
(i) Gonne § 31. 32.

это правильно возражали, что подобное соображеніе могло бы служить основаніемъ законодателю къ отмѣнѣ гражданскихъ наказаній, но не основаніемъ судьѣ къ ихъ непримѣненію, какъ скоро они не отмѣнены положительнымъ закономъ (k).— Наконецъ третьимъ доводомъ можно было бы выставить то соображеніе, что штрафы вообще должны содѣйствовать охраненіе святости права и было бы противно здравому смыслу нѣмецкой націи допускать ихъ въ видѣ обогащенія потерпѣвшаго лица. Но этотъ аргументъ опровергается легко и рѣшительно. Въ древнихъ нѣмецкихъ народныхъ законахъ существовала система гражданскихъ наказаній болѣе широкая и развитая, нежели римская. Одинъ имперскій законъ 1495 г. угрожаетъ нарушителю земскаго мира денежнымъ штрафомъ въ двѣ тысячи золотыхъ марокъ и половина штрафа предназначалась въ пользу потерпѣвшаго; этотъ штрафъ подтвержденъ и имперскимъ закономъ 1548 г. (l). Точно также и Каролина опредѣляетъ за кражу штрафъ въ пользу потерпѣвшаго (прим. g).

Для окончательнаго рѣшенія спорнаго вопроса я постараюсь выдѣлить изъ него части, которыя считаю рѣшенными, чѣмъ и ограничу сомнительные его пункты болѣе тѣсными его предѣлами. Для этой цѣли я раздѣлю деликты, влекущіе за собою гражданскія наказанія, на три группы. Къ первой я причисляю деликты, которые наказывались преимущественно въ государственномъ интересѣ и составили отдѣльную категорію вслѣдствіе того, что римское право послѣдней эпохи допустило рядомъ съ древними гражданскими наказаніями и обвиненіе, влекущее за собою уголовное наказаніе, смотря по выбору потерпѣвшаго (§ 83 p). Къ этой группѣ принадлежитъ обширный разрядъ похищеній съ ихъ разнообразнѣйшими видами.

По отношенію къ ней слѣдуетъ рѣшительно отвергнуть всякое примѣненіе гражданскихъ штрафовъ въ настоящее время.— Ко второй группѣ я отнесу только обиды съ ихъ разнообразными исками; это правонарушеніе имѣетъ особый характеръ и должно быть разсмотрѣно отдѣльно. Что касается этой группы,

---

(k) Gruner стр. 44.
(l) Neue Sammlung der Reichsabschiede т. 2 стр. 13. 576.

то приложеніе въ ней и теперь гражданскихъ штрафовъ необходимо прямо признать.—Къ третьей группѣ наконецъ должны быть причислены всѣ прочіе деликты, по отношенію къ которымъ существованіе гражданскихъ наказаній въ настоящее время сомнительно; ихъ число и значеніе не обширно.

Первая группа. Похищенія съ насиліемъ и безъ него. Сюда относятся слѣдующіе уголовные иски (m):

actio furti manifesti и nec manifesti.
— vi bonorum raptorum (n).
— furti adversus nautas.
— arborum furtim caesarum.
— de tigno juncto противъ недобросовѣстнаго владѣльца.

Всѣ приведенные случаи по древнему праву влекли за собою только гражданскій штрафъ; новое же право предоставило потерпѣвшему на выборъ требовать гражданскаго или уголовнаго наказанія; послѣднее требованіе съ теченіемъ времени становилось все употребительнѣе (§ 83). Отъ потерпѣвшаго зависѣло не пользоваться ни однимъ изъ способовъ преслѣдованія, оставляя такимъ образомъ правонарушеніе безнаказаннымъ.

Въ дѣйствующемъ правѣ эти принципы измѣнились и для всѣхъ случаевъ установлено уголовное наказаніе, независящее болѣе отъ произвола потерпѣвшаго и составляющее должностную обязанность суда. Совершилось это измѣненіе въ главныхъ своихъ чертахъ Каролиной, а потомъ получило дальнѣйшее и полнѣйшее развитіе, благодаря законодательствамъ отдѣльныхъ странъ и принципамъ науки уголовнаго права, перешедшимъ въ практику.

(m) Въ дальнѣйшемъ обзорѣ я не стану излагать всѣхъ уголовныхъ исковъ съ указанной мною точки зрѣнія.—Срав. между прочимъ Gruner p. 20—35. Во всѣхъ этихъ случаяхъ наказаніе состоитъ въ штрафѣ равномъ или простой стоимости (сверхъ возвращенія самой вещи, или двойной, тройной, четверной стоимости похищеннаго или поврежденнаго предмета.

(n) Сюда относятся кромѣ грабежа съ насиліемъ и поврежденіе вещи съ насиліемъ; далѣе къ насилію приравниваются: грабежъ и поврежденіе во время возстанія или пожара, или же произведенные собравшимися съ этой цѣлью людьми.

Это новое направленіе принциповъ было, можно сказать, продолженіемъ пути, проложеннаго уже въ новѣйшемъ римскомъ правѣ,—такъ какъ и въ послѣднемъ уголовныя наказанія за указанные деликты стали мало-по-малу господствующими, вслѣдствіе чего древняя система гражданскихъ штрафовъ все болѣе и болѣе выходила изъ употребленія (§ 83, s).

Съ дѣйствующимъ правомъ система римскихъ гражданскихъ наказаній была совершенно несовмѣстна, а потому примѣненіе ея къ упомянутой нами группѣ деликтовъ мы должны прямо отвергнуть, не смотря на то, что она никогда прямо не отмѣнялась закономъ. Въ самомъ дѣлѣ какъ скоро всѣ эти деликты преслѣдовались судомъ ex officio, и карались уголовными наказаніями, тѣмъ самымъ стали невозможными иниціатива и произволъ потерпѣвшаго, допускаемые римскимъ правомъ. Въ настоящее время послѣдній не можетъ болѣе ни оставить правонарушеніе безнаказаннымъ по бездѣятельности, ни требовать гражданскаго наказанія, и если мы признаемъ за нимъ иногда послѣднее право, то слѣдуемъ римскому праву только повидимому; на самомъ же дѣлѣ допускаемъ нѣчто другое, противоположное римскому праву. Правонарушитель подвергается въ этомъ случаѣ двумъ наказаніямъ вмѣстѣ — гражданскому и уголовному, что прямо противно римскому праву (o).

Тѣмъ не менѣе, повидимому, Каролина поддерживала дѣйствительное примѣненіе римскихъ гражданскихъ наказаній къ важнѣйшимъ и употребительнѣйшимъ случаямъ разсматриваемой категоріи, предписывая возмѣщеніе обокраденному двойной и четверной цѣны похищеннаго предмета, смотря по тому, совершено-ли furtum manifestum или nec manifestum (p). Съ

(o) Gruner p. 54, p. 78—80. Срав System т. 5 стр. 250. 251. Вспомнимъ еще разъ, что здѣсь постоянно имѣется въ виду простой деликтъ, напр. furtum manifestum и nec manifestum, а не стеченіе многихъ деликтовъ, (или даже уголовныхъ преступленій) въ одномъ и томъ же матеріальномъ дѣйствіи, — при которомъ еще возможны были бы два наказанія вмѣстѣ. Срав. § 83 q. Сомнѣнія и споры по поводу этого сложнаго вопроса не могутъ имѣть никакого вліянія на рѣшеніе болѣе простаго вопроса, который насъ теперь занимаетъ.

(p) Art. 157. 158.

своей стороны я вижу въ этомъ предписаніи почтительное признаніе римскаго принципа, но выводимое изъ него доказательство въ пользу римскихъ гражданскихъ штрафовъ справедливо только по видимому. Сущность послѣднихъ вовсе не состояла въ обогащеніи потерпѣвшаго, составлявшемъ только второстепенный моментъ, но въ правѣ потерпѣвшаго требовать гражданскаго или уголовнаго наказанія, или даже оставить правонарушеніе безнаказаннымъ. Въ приведенномъ мѣстѣ изъ Каролины нѣтъ и слѣда подобнаго права. Какъ въ этомъ, такъ и во всѣхъ другихъ случаяхъ, она предоставляетъ иниціативу оффиціальной дѣятельности судьи. Наконецъ присоединимъ къ сказанному еще тотъ рѣшительный доводъ, что приведенное мѣсто изъ Каролины никогда не переходило въ практику, или, по крайней мѣрѣ, съ давняго времени вполнѣ потеряло силу (q).

Вторая группа. Иски объ обидѣ въ ихъ разнообразныхъ формахъ.

Эта часть изслѣдованія имѣетъ то преимущество, что фактическая сторона предмета не возбуждаетъ никакихъ сомнѣній. Римскія гражданскія наказанія, сводившіяся къ денежному мѣрилу, были въ постоянномъ употребленіи; съ теченіемъ времени они получили еще болѣе широкое развитіе: потерпѣвшему былъ предоставленъ выборъ между штрафомъ, извиненіемъ, отреченіемъ отъ словъ и требованіемъ о возстановленіи оскорбленной чести (r). Даже одинъ германскій имперскій законъ ясно призналъ по искамъ объ обидѣ право на денежное вознагражденіе и на отреченіе отъ словъ (s). Эти принципы судебной практики не отвергаются даже безусловными противниками гражданскихъ штрафовъ. (t). Мало того: можно привести внутреннее основаніе, говорящее въ пользу особаго обсужденія этого деликта. Необходимость уничтожить слѣды частной мести, сказывавшаяся все болѣе и болѣе при другихъ преступленіяхъ, не только чувствовалась въ такой же степени и по отношенію къ личнымъ обидамъ, но даже усилилась въ

(q) Meister princ. j. crim. § 211. Hefftter Criminalrecht § 499.
(r) Feuerbach peinliches Recht § 293. 294.
(s) Kammergerichtsordnung отъ 1555 T. 2 Tit. 28 § 4.
(t) Thomasius C. 3 § 50. 56.

дѣйствующемъ правѣ сравнительно съ римскимъ, благодаря большому значенію, которое пріобрѣла дуэль въ смыслѣ послѣдствій обидъ (u).

Съ перваго взгляда, это положеніе кажется непослѣдовательнымъ. Мы видимъ, что римскіе юристы трактуютъ обиду одинаково съ кражей; оба деликта влекли за собою первоначально простое гражданское наказаніе, за тѣмъ допущенъ былъ выборъ между гражданскимъ и уголовнымъ наказаніемъ, и наконецъ уголовное наказаніе стало господствующимъ (§ 83 n, o. s.). Вотъ почему весьма удивительно, что къ обидамъ стали прилагаться иные принципы, чѣмъ къ другимъ деликтамъ.

Но во первыхъ необходимо замѣтить, что оффиціальное преслѣдованіе и наказаніе деликтовъ, о которыхъ мы говорили прежде, установлено было уже Каролиною и потомъ поддерживалось мѣстными законодательствами отдѣльныхъ странъ. Напротивъ обиды являются въ Каролинѣ только въ видѣ отдѣльныхъ случаевъ съ весьма ограниченнымъ примѣненіемъ (v). Сверхъ того теорія и практика, а также и законодательство признало правиломъ, по отношенію къ деликтамъ этого рода, что наказаніе ихъ можетъ имѣть мѣсто только вслѣдствіе иниціативы потерпѣвшаго, безъ различія гражданскихъ и уголовныхъ наказаній (w).

Что касается уголовныхъ наказаній за обиду въ частности, то они примѣняются только къ случаямъ обидъ особенно тяжкихъ, характеръ которыхъ зависитъ отъ весьма различныхъ обстоятельствъ (x).

При всемъ этомъ необходимо имѣть въ виду различныя понятія объ обидѣ, существовавшія у Римлянъ, сравнительно съ новѣйшими законодательствами. Римское понятіе примыкаетъ къ воззрѣнію XII таблицъ, включавшихъ въ него и тяжкія тѣлесныя поврежденія, каковы отнятіе или переломъ членовъ (y).

(u) Gonne § 32.

(v) Именно относительно пасквилей. Art. 110.

(w) Weber über Injurien т. 2 стр. 79 и см. Feurbach Peinliches Recht § 292. Также въ прусскомъ уголовномъ кодексѣ 1851 г. § 160.

(x) Weber über Injurien т. 2 стр. 71 сл.

(y) Gajus Lib. 3 § 223.

Отсюда, какъ и изъ многихъ другихъ отдѣльныхъ случаевъ примѣненія (z), ясно, что Римляне подъ этимъ понятіемъ разумѣли всякое посягательство на личное достоинство и самостоятельность, обнимавшее собою оскорбленіе чести въ собственномъ значеніи слова только въ видѣ отдѣльнаго, хотя важнѣйшаго и самаго выдающагося примѣненія. Напротивъ, въ новое время выступило на первый планъ и постоянно развивалось чистое понятіе оскорбленія чести (aa).

Третья группа. Всѣ прочіе деликты.

Здѣсь мы не находимъ противъ примѣненія гражданскихъ наказаній такихъ рѣшительныхъ доводовъ, какіе видѣли, говоря о первой группѣ. Эти деликты образуютъ нѣчто въ родѣ нейтральной области и мы могли бы ихъ назвать безобидными уголовными исками, примѣнимыми по своей маловажности повсюду, безъ малѣйшаго нарушенія или помѣхи въ настоящей юридической практикѣ.—Прежде разрѣшенія вопроса о силѣ ихъ въ настоящее время, мы выдѣлимъ изъ этой группы тѣ иски, которые потеряли всякое значеніе, такъ какъ въ дѣйствующемъ правѣ не сохранилось болѣе условій ихъ приложенія. Я отношу сюда слѣдующія случаи:

1. Actio de servo corrupto. Dig. 11. 3. У насъ нѣтъ рабовъ, слѣдовательно не можетъ быть и этого иска. Впрочемъ многіе утверждали, что для насъ должна имѣть силу utilis actio, упоминаемая Павломъ и относящаяся къ corruptio дѣтей, состоящихъ подъ отеческою властью. Но въ послѣдней нѣтъ и рѣчи объ уплатѣ двойной стоимости, которая сюда даже не

(z) Примѣръ въ L. 13 § 7 de injur. (47. 10).

(aa) Въ этомъ смыслѣ новѣйшіе уголовные законы вполнѣ отдѣлили тѣлесныя поврежденія отъ обидъ. Конечно, оскорбленіе чести можетъ, вслѣдствіе грубыхъ фактическихъ поступковъ, перейти въ тяжкое поврежденіе; тогда въ одномъ и томъ же дѣйствіи соединяются два проступка, изъ которыхъ оскорбленію чести принадлежитъ второстепенное мѣсто и въ приговорѣ оно будетъ совершенно поглощено тѣлеснымъ поврежденіемъ. Но когда воръ или разбойникъ ранитъ свою жертву для достиженія цѣли своего преступленія,—то здѣсь не можетъ быть рѣчи объ обидѣ, такъ какъ посягательство на честь не входило въ намѣреніе преступника.

приложима, а потому она вовсе и не принадлежитъ къ разряду двустороннихъ уголовныхъ исковъ (bb).

2. Actio quod metus causa, направленная на четверной штрафъ (cc).

3. Actio redhibitoria — направленная на двойной штрафъ, если продавецъ добровольно не возвращаетъ цѣны продажи (dd).

4. Actio depositi—на двойной штрафъ, если поклажа совершилась вслѣдствіе какого либо общественнаго бѣдствія (ee).

Три послѣдніе иска не могутъ болѣе имѣть силы, потому что влекли за собою штрафъ только въ качествѣ actiones arbitrariae, въ случаѣ безуспѣшнаго обращенія къ судьѣ; въ дѣйствующемъ же правѣ нѣтъ арбитрарныхъ исковъ съ ихъ особыми послѣдствіями (ff).

5. Иски, влекущіе за собою двойной штрафъ только при недобросовѣстномъ отрицаніи отвѣтчикомъ фактовъ, приводимыхъ истцомъ въ свою пользу (gg). Это — своеобразный институтъ римскаго процесса, не вошедшій въ новое судопроизводство.

6. Actio de calumniatoribus, имѣвшая послѣдствіемъ наказаніе четвернымъ штрафомъ всякаго, кто бралъ извѣстную сумму денегъ для начатія или прекращенія гражданскаго или уголовнаго иска, будучи убѣжденъ въ его неосновательности (Dig. 3. 6). Названный искъ, подобно вышеупомянутымъ, принадлежитъ къ числу институтовъ римскаго процесса, чуждыхъ нашему судопроизводству; онъ имѣлъ цѣлью предотвратить злоупотребленіе юридическими средствами. Справедливость такого вывода видна уже изъ мѣста, занимаемаго этимъ ученіемъ въ Дигестахъ, среди процессуальныхъ правилъ.

(bb) L. 14 § 1 de servo corr. (11 3), сравнительно съ L. 1 pr. eod. Подробно говоритъ объ этомъ Thomasius p. 790 sq.

(cc) L. 14 § 1 quod metus (4. 2).

(dd) L. 45 de aedil. ed. (21. 1).

(ee) L. 1 § 1 depos. (16. 3), § 17 J. de act. (4. 6).

(ff) System т. 5 § 223. 224.

(gg) § 26 J. de act. (4. 6), § 1 J. de poena tem. litig. (4. 16). Срав. Gajus L. 4. § 9.—Сюда относятся actio L. Aquiliae и actio depositi, въ случаѣ, изложенномъ въ текстѣ примѣч. ee. Слѣдовательно этотъ искъ не приложимъ къ нашему праву по двумъ различнымъ и не зависящимъ другъ отъ друга основаніямъ.

За выдѣленіемъ изъ послѣдней группы перечисленныхъ уголовныхъ исковъ, не имѣющихъ силы въ нашемъ правѣ; мы получимъ слѣдующія случаи, по отношенію къ которымъ сила гражданскаго штрафа въ настоящее время остается подъ сомнѣніемъ и можетъ быть оспариваема.

1. Actio L. Aquiliae—противъ уничтоженія или поврежденія чужой вещи, которая можетъ получить искусственное штрафное приращеніе въ томъ, что потерпѣвшему предоставляется право исчислить убытки не по времени совершенія деликта, но по любому моменту времени въ теченіи послѣднихъ тридцати дней (смотря по обстоятельствамъ), если онъ находитъ выгоду въ такомъ искусственномъ вычисленіи (hh).

II. Actio de effusis et dejectis — направленная на двойную стоимость предмета, когда кто, выбрасывая или выливая что либо на улицу причиняетъ тѣмъ чужой вещи ущербъ (Dig. 9. 3.)

III. Если въ пользу церкви или богоугоднаго учрежденія оставленъ легатъ, а наслѣдникъ не пожелаетъ уплатить его добровольно и дастъ поводъ къ иску, — то долженъ уплатить въ видѣ штрафа двойную его сумму (ii).

IV. Искъ о возвращеніи дара вслѣдствіе неблагодарности одареннаго по отношенію къ дарителю (kk).

(hh) L. 2 pr. L. 27 § 5 ad L. Aquil. (9. 2). Гражданское наказаніе двойной стоимостью предмета вслѣдствіе недобросовѣстнаго отрицанія должно быть отвергнуто во всякомъ случаѣ (примѣч. gg). Штрафъ, представляющійся въ данномъ случаѣ возможнымъ, неимѣетъ значенія потому, что искусственное вычисленіе можетъ привести и не привести къ штрафному приращенію: это будетъ зависѣть отъ случая.

(ii) L. 46 § 7 C. de episc. (1. 3), § 19. 26 J. de act. (4. 6).

(kk) System. т. 4 § 168. 169. Конечно искъ о возвращеніи долженъ считаться уголовнымъ. Но по содержанію своему онъ все-таки имѣетъ такъ мало сходства съ прочими уголовными исками, что будетъ, пожалуй, правильнѣе отнести его къ другой категоріи, именно къ числу положительныхъ ограниченій даренія. Тогда слѣдовало бы по принципу допустить во всякомъ даренія подразумѣваемое условіе, что одаряемый будетъ воздерживаться отъ всякой грубой неблагодарности, въ противномъ случаѣ даръ становится ничтожнымъ. При такомъ понятіи указанное возвращеніе нисколько не зависѣло бы отъ нашего спорнаго вопроса и имѣло бы безусловную силу и для дѣйствующаго права.

Въ этихъ случаяхъ, не колеблясь, можно еще и въ настоящее время примѣнять гражданскіе штрафы по той единственной причинѣ, что ихъ признаетъ новѣйшее римское право, дѣйствующее у насъ.

По этому поводу слѣдуетъ сдѣлать еще одно замѣчаніе. Извѣстно, что указанные уголовные иски, маловажные сами по себѣ, никогда не излагались въ римскомъ правѣ особо. О нихъ говорилось и упоминалось только по поводу важнѣйшихъ перечисленныхъ уголовныхъ исковъ, которые, какъ сказано, не имѣютъ силы по дѣйствующему праву и вышли уже изъ употребленія у самихъ Римлянъ въ послѣднее время (§ 83, s). Съ тѣхъ поръ и значеніе ихъ, зависѣвшее именно отъ этой связи, было подорвано и они лишились внутренняго основанія на дѣйствительное существованіе. Правда, что взглядъ этотъ болѣе важенъ для законодателя, нежели для судьи, который не долженъ стѣсняться въ примѣненіи извѣстнаго правила сомнѣніемъ въ его цѣлесообразности.—Но признаваемый всѣми фактъ, что послѣдніе изъ упомянутыхъ нами уголовныхъ исковъ вышли давно изъ употребленія въ дѣйствующей практикѣ (ll), получаетъ вслѣдствіе этого обстоятельства совершенно новое и важное значеніе. Непримѣненіе ихъ представляется не случайнымъ и не можетъ быть объяснено невнимательностью судей и сторонъ; напротивъ то обстоятельство, что иски эти не находятъ для себя никакой опоры и оправданія во всей юридической практикѣ настоящаго времени,—является послѣдствіемъ правильнаго чутья, хотя не достигшаго опредѣленнаго юридическаго сознанія (mm).

Окончательнымъ выводомъ нашего изслѣдованія будетъ слѣдующее правило: гражданскіе штрафы римскаго права, за един-

---

(ll) A. L. Aquiliae есть безспорно самый употребительный изъ послѣднихъ исковъ; а потому именно по отношенію къ нему можно было бы легче всего замѣтить дѣйствительную силу искуственнаго условнаго вознагражденія; но эта именно сила и отрицается самыми выдающимися авторитетами: Struvii syntagma Ex. 14 § 25. Stryk Lib. 9 T. 2 § 2. P. Voet. ad Inst. T. 2 p. 374.

(mm) Срав. System. т. 1 § 20 стр. 93 и слѣд.

ственнымъ исключеніемъ исковъ объ обидѣ, въ дѣйствующемъ правѣ болѣе не примѣняются. Такимъ образомъ и большая часть римскаго ученія о деликтальныхъ обязательствахъ потеряла для дѣйствующаго права всякое значеніе, — а потому можно, пожалуй усумниться въ справедливости помѣщенія въ особенной части обязательственнаго права рядомъ съ обязательствами, вытекающими изъ договора, обязательствъ, вытекающихъ изъ деликтовъ въ видѣ втораго отдѣла ученія. Тѣмъ не менѣе, мы не должны пренебрегать такимъ порядкомъ изученія обязательствъ. — Не говоря уже о внутреннихъ основаніяхъ, требующихъ разграниченія договоровъ и деликтовъ, какъ главныхъ источниковъ происхожденія обязательствъ (nn),— мы путемъ только такого разграниченія можемъ составить себѣ удовлетворительное понятіе о всей системѣ римскаго обязательственнаго права. Въ настоящемъ изслѣдованіи умѣстно было установить только принципы; указать же на значеніе каждаго отдѣльнаго обязательства въ системѣ римскаго права—составитъ задачу особенной части. Сдѣланный обзоръ былъ необходимъ уже для того, чтобы указать, къ какой изъ вышеуказанныхъ группъ должно причислить каждое обязательство. Но сверхъ того изслѣдованіе гражданскихъ штрафовъ не могло быть совершенно выброшено изъ системы дѣйствующаго римскаго права и потому, что они тѣсно связаны съ другими, чистопрактическими и важнѣйшими юридическими институтами.

§ 85.

III. Variae causarum figurae.

Въ ученіи о первоначальномъ происхожденіи обязательствъ мы говорили до сихъ поръ о двухъ важнѣйшихъ источникахъ, именно: о договорахъ (§ 52—81) и о деликтѣ (§ 82—84) Намъ остается еще бросить общій взглядъ на прочіе источники происхожденія, которые въ нашихъ источникахъ права обозна-

---

(nn) Срав. Pfordten. Abhandlungen стр. 306. 307.

чаются то этимъ общимъ названіемъ, то особымъ терминомъ какъ-бы-договорами и какъ-бы-деликтами, смотря потому, представляютъ-ли они больше сродства съ договорами или съ деликтами (§ 51).

Но въ этомъ отношеніи мы можемъ сказать очень мало общаго и должны только сослаться на прежнія наши изслѣдованія.

Названные источники происхожденія основываются отчасти на свободныхъ дѣйствіяхъ должника, отчасти на фактахъ, чуждыхъ его волѣ, и имѣющихъ слѣдовательно по отношенію къ ней случайный характеръ.

Первые должны быть понимаемы какъ дѣйствія односторонніе (въ отличіе отъ договоровъ) и вмѣстѣ съ тѣмъ какъ дозволенныя (въ отличіе отъ деликтовъ).

Послѣдніе также могутъ вытекать изъ свободныхъ дѣйствій кредитора, или же основываться на фактахъ, имѣющихъ для обѣихъ сторонъ случайный характеръ.

Но вездѣ, гдѣ для возникновенія подобныхъ обязательствъ требуется свободное дѣйствіе должника или кредитора, тамъ необходимо держаться тѣхъ правилъ, которыя были уже установлены нами въ другомъ мѣстѣ, какъ условія юридической дѣйствительности свободныхъ дѣйствій (a).

Конецъ.

(a) System т. 3 § 106—112.

ГЛАВНѢЙШІЕ ОПЕЧАТКИ И ПРОПУСКИ ВЪ ТЕКСТѢ.

Страница.	Строка Сверху	Строка Снизу	Напечатано	Слѣд. читать.
3	2		K. Bucher	C. F. Koch
19		11	l.	b.
35		1	домѣ	долгѣ
51		4	tenet	teneat
57		12	наслѣдниковъ	наслѣдникомъ
101		5	его	ихъ
145		5	по тому же	по одному и тому же
149		11	обязательствъ	обстоятельствъ
156		13	Von-Sehröter	Von-Schröter
168	2		ae	ae.
187	3		долговое	долевое
238	13		коцептиляціи	акцептиляціи
260	2		одного должника	отдѣльныхъ должниковъ
303	5		ихъ	
314	7		только	столько
316	5		тотъ	этотъ
322		12	лишать	лишить
324		4	положеніе	пониженіе
332	10		это	это правило
349	1		но	его
366	8		раса	pacta
386	15		но	на
417		4	суммы	суммы (d)
430	13		неопредѣленному	не опредѣленному
460	15		виндикаціи	этому правилу
524		2	служитъ	относится

ГЛАВНѢЙШІЕ ОПЕЧАТКИ И ПРОПУСКИ ВЪ ПРИМѢЧАНІЯХЪ.

7	1		L. §.	L. 3 §
—	5		Ubi obligando quaeritur propensiones	Ubi de obligando quaeritur propensiores
9	8		rec	reb
—		5	U. S.	V. S.
—		9	uuuv.	univ.
10		3	h.	L.
12	6		cum	eum
—		7	U. S.	V. S.
—		3	U S.	V. S.
18	2		S.	I.
—		5	F.	I.
19	2		F.	I.
22	1		F.	I.
33		3	T.	T 5.
—		1	B.	R.
35	1		f.	i.
40		2	но	не.

Страница.	Строка Сверху	Строка Снизу	Напечатано	Слѣд. читать.
41	3		adimisset	adnuisset
—		2	adimit	adnuit
42		1	(47. 2).	(47. 2) System T.
45	5		L.	L. 5.
49		4	de U.	de V. O. (45. 1).
87	2		de pactis	de pactis (2. 14).
118		4	de d. r.	de d. r. (45. 2).
121	8		de pactis	de pactis (2. 14).
128		2	L.	L. 28:
142		1	L. q.	L. 9.
191	4		suceurri	succuri
199	—		Fh.	Th.
211		1	dimno davisio	damno diviso.
223	2		here	herc
226		1	ser. §	serv.
260	3		(10. 2) Evadm.	(10. 3) Fragm.
268	4		illud,	illud aut illud,
—	—		aut illud.	— —
270	11		optioenm.	optionem.
271	6		§ 23 L.	§ 23 I.
301	1		R.	K.
320			Пропущено въ концѣ: съ большимъ убыткомъ, какъ напр. это можетъ случиться въ нѣкоторыхъ странахъ съ	
359		2	T.	Г.
—		1	T. I § 37 стр. 382	Г. I § 37 стр. 262.
386	3		болѣе.	менѣе.
387	2		rer. dom.	rer. dom (14. 1).
407	2		L. ratam.	L 19 ratam.
409	1		qe pactis	de pactis
418		8	фактическіе	физическіе
433		2	Родекса	законодательства.
465			Пропущено:	(t) .A. L. R. I 7 § 96—98 112. 113. 1. 9 § 26. (срав. съ I 7 § 12. 4)
484		6	§	§ 2
499	1		составляютъ.	оставляютъ.
—	8		отвѣтствующими	отсутствующими
541	2		задачѣ	задаткѣ
561	2		deschichte ges Jn-quisitious	Geschichte des Jnquisitions.